Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen

Gerhard Knaus

1981

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546818_0017

Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

einer Hohen Juristischen Fakultät der

Ludwig-Maximilians-Universität

zu München

vorgelegt von

Gerhard K n a u s

1981

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr. Löwe
Korreferent: Professor Dr. Lerche
Tag der mündlichen Prüfung:
15. Dezember 1981

Inhaltsübersicht

		Seite
A.	Ausgangslage und Problem	1 - 9
B.	Grundlagen und Handhabung des Unzuverlässigkeitsbegriffes	10 - 47
C.	Die Verwertbarkeit der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Feststellung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit	48 - 104
D.	Einzelfälle	105 - 163
E.	Zusammenfassung	163 - 191

Inhaltsverzeichnis

	Seite
A. Ausgangslage und Problem	1 - 9
B. Grundlagen und Handhabung des Unzuverlässigkeitsbegriffes	10 - 47
I. Die normativen Regelungen der Gewerbeunterbindung	10 - 11
1. Allgemeine Vorschriften, die für mehrere Gewerbe gelten	10 - 11
a) § 35 GewO	10
b) §§ 57 ff GewO	10 - 11
c) § 70 a GewO	11
2. Spezielle Vorschriften, die nur für jeweils ein Gewerbe gelten	11
II. Der Unzuverlässigkeitsbegriff	12 - 27
1. Der Unzuverlässigkeitsbegriff in den Tatbeständen des Gewerbeunterbindungsrechts	12 - 14
2. Die Rechtsnatur des Unzuverlässigkeitsbegriffes	15 - 21
a) Unbestimmter Rechtsbegriff	15 - 18
b) Die polizeirechtliche Natur des Unzuverlässigkeitsbegriffes	19
c) Die Gewerbebezogenheit des Unzuverlässigkeitsbegriffes	20
d) Weitere Relativierungen	21
3. Der Unzuverlässigkeitsbegriff unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes	22 - 27
a) Die Koppelung zwischen Bejahung der Unzuverlässigkeit und Gewerbeunterbindung	22

	Seite
b) Der grundrechtliche Schutz der Gewerbeausübung	23 - 25
c) Das verfassungsrechtliche Differenzierungsgebot bei den verschiedenen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen	25 - 27
III. Die Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes	28 - 32
1. Prognose zukünftiger Gefährdung anhand vorliegender Tatsachen	28 - 29
a) Prognose	28
b) Grundlage der Prognose	28 - 29
c) Der Schluß auf die zukünftige Gefährdung	29
2. Die verschiedenen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen	30 - 31
3. Der Gewerbetreibende als Ziel der Unterbindungsmaßnahme	32
a) Gewerbeausübung erforderlich	32
b) Maßnahmen nur gegen den Gewerbetreibenden	32
IV. Die Konkretisierung des Begriffes	33 - 40
1. Definitionen und Umschreibungen	33 - 34
2. Verwertbare Tatsachen	34 - 39
a) nach der bayerischen Verwaltungsvorschrift zu § 35 GewO	35
b) nach dem Gesetzgebungsverfahren zum 4. Änderungsgesetz zur GewO	35 - 36
c) nach Sieg-Leifermann	36
d) nach Landmann/Rohmer	36
e) nach Fuhr	36
f) nach Janssen	36 - 37
g) nach Fröhler/Kormann	37
h) nach Kienzle	37 - 38
i) nach Hellwig	38
j) Zusammenfassung	38 - 39
3. Praxis und Rechtsprechung	39 - 40

Seite

V. Kritik der Handhabung 41 - 47

1. Allgemeine Unzulänglichkeiten 41 - 44

a) Die Scheu vor der Anwendung von Gewerbeunterbindungsmaßnahmen 41 - 43

b) Maßnahmen nur in völlig unzweifelhaften Fällen 43

c) Furcht vor Amtshaftung 43 - 44

d) Fehlende Informationen 44

2. Nichtbeachtung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen 44

3. Folgen dieser Handhabung 44 - 47

a) Im allgemeinen Bereich 44 - 46

b) Im zivilrechtlichen Bereich 46 - 47

C. Die Verwertbarkeit der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Feststellung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit 48 - 104

I. Der Einfluß der grundlegenden Staatsideen auf die Auslegung des Unzuverlässigkeitsbegriffes 48 - 55

1. Rechtsstaatlichkeit 48 - 49

2. Sozialstaatlichkeit 50 - 55

a) Ein Faktor der Gesetzesauslegung 50

b) Die soziale Gerechtigkeit 50 - 51

c) Staatsaufgabe zur Schaffung sozialen Rechts 51 - 53

d) Beachtung auch bei der Rechtsanwendung 53

e) Ergebnis 53 - 55

	Seite
II. Der Einfluß des Willkürverbotes auf die Auslegung des Unzuverlässigkeitsbegriffes	56 - 67
1. Das Willkürverbot	56 - 57
2. Unterschiede zwischen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich sanktioniertem Recht	57 - 67
a) Nur wesentliche Unterschiede können Differenzierungen rechtfertigen	57
b) Im Gewerbeunterbindungsrecht ist nur das Ausmaß der zukünftigen Gefährdung wesentlich	58 - 59
c) Die Gewichtigkeit der durch zivilrechtlich sanktionierte Normen geschützten Rechtsgüter	59 - 61
d) Die Gefährlichkeit der Normverstöße unter dem Gesichtspunkt der Abwehrfähigkeit des betroffenen Personenkreises gegen derartige Verstöße	61 - 63
e) Der Schluß aus der Verletzung zwingenden Rechts auf die zukünftige Gefährdung der Allgemeinheit	64 - 67
3. Zusammenfassung	67
III. Die Kriterien der Verwertbarkeit von Normverstößen	68 - 90
1. Das Kriterium der Sanktionsform	68 - 84
a) Grundsätzliches zum Sanktionssystem	68 - 75
aa) Das zivilrechtliche Sanktionssystem	70 - 72
bb) Das öffentlich-rechtliche Sanktionssystem	72 - 74
cc) Gesamtbetrachtung	74 - 75
b) Die Entwicklung des Sanktionssystems	75 - 79

Seite

c) Gründe für die Wahl der Sanktionsform 79 - 81

aa) Die Effektivität 79 - 80
bb) Die Strafwürdigkeit 80
cc) Verhinderung anderer Sanktionsformen 81
dd) Systematische Gründe 81
ee) Öffentliches Interesse an der Befolgung 81

d) Die Aussagekraft der Wahl einer bestimmen Sanktionsform 82 - 84

2. Das Kriterium des sozialen Inhalts der Norm 84 - 86

a) Das soziale Recht 84 - 85

b) Das öffentliche Interesse an der Befolgung sozialer Normen 85 - 86

3. Das Kriterium des Wettbewerbsschutzes 86 - 89

a) Allgemeines zum Wettbewerbsschutz 87

b) Schäden durch Lauterkeitsverstöße 87 - 88

c) Schäden im GWB-Bereich 88

d) Verwertbarkeit bei der Feststellung der gewerblichen Unzuverlässigkeit 88 - 89

4. Zusammenfassung 89 - 90

IV. Notwendigkeit der Berücksichtigung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit 91 - 104

1. Die unbefriedigende Situation 91 - 94

2. Notwendigkeit des Eingreifens 94 - 95

3. Das geeignete Mittel 95 - 96

4. Die Einschreitschwelle 97 - 104

	Seite
D. Einzelfälle	105 - 163
I. § 138 BGB	105 - 113
1. Grundsätzliches	105 - 106
2. Praktische Bedeutung des § 138 BGB für den Gewerbetreibenden	106 - 109
a) § 138 II BGB	106 - 107
b) § 138 I BGB	108 - 109
3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung bei § 138 BGB	109 - 111
4. Die Allgemeingefährdung durch den Verstoß	111
5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen § 138 BGB verstoßen	111 - 113
6. Gesamtwürdigung	113
II. § 1 UWG	114 - 124
1. Grundsätzliches	114 - 116
2. Bedeutung für den Gewerbetreibenden	116
3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung	116 - 119
4. Die Gefährdung der Allgemeinheit	120 - 122
5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen § 1 UWG verstoßen	122 - 123
6. Gesamtwürdigung	123 - 124

	Seite
III. § 3 UWG	125 - 130
1. Grundsätzliches	125 - 126
2. Bedeutung für den Gewerbetreibenden	126
3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung	126 - 127
4. Die Gefährdung der Allgemeinheit	127 - 129
5. Anwendung auf Gewerbetreibende, die gegen § 3 UWG verstoßen	129 - 130
6. Gesamtwürdigung	130
IV. Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz	131 - 140
1. Grundsätzliches	131 - 134
2. Bedeutung für den Gewerbetreibenden	134
3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung	135 - 136
4. Allgemeingefährdung durch Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz	137 - 138
5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen das Abzahlungsgesetz verstoßen	138 - 139
6. Gesamtwürdigung	139 - 140
V. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingunen	141 - 146
1. Grundsätzliches	141 - 143
2. Praktische Bedeutung für den Gewerbetreibenden	143
3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung	143 - 144

	Seite
4. Gefährdung der Allgemeinheit durch Verstöße gegen das AGBG	144
5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen das AGBG verstoßen	144 - 145
6. Gesamtwürdigung	145 - 146
VI. Verstöße gegen das Fernunterrichtsschutzgesetz	147 - 150
1. Grundsätzliches	147 - 149
2. Praktische Bedeutung des FUSG für den Gewerbetreibenden	149
3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung	150
4. Gesamtwürdigung	150
VII. Verstöße gegen das GWB	151 - 154
1. Grundsätzliches	151 - 153
2. Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen die Normen des GWB verstoßen	153 - 154
VIII. Verstöße gegen das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung	155 - 157
1. Grundsätzliches	155 - 156
2. Die Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes bei Verstößen gegen die zivilrechtlich sanktionierten Bestimmungen des Gesetzes	156 - 157
IX. Verstöße gegen die Makler- und Bauträgerverordnung	158 - 160
1. Grundsätzliches	158 - 159
2. Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen die MaBVO verstoßen	159 - 160

	Seite
X. Verstöße gegen das Heimgesetz	161 - 163
1. Grundsätzliches	161 - 162
2. Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes	162 - 163
E. Zusammenfassung	164 - 191
I. Verwertbarkeit der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei Prüffung der Unzuverlässigkeit	164
1. Generelle Verwertbarkeit	164 - 166
2. Die Gewichtung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen	166 - 167
3. Anwendbarkeit vor allem zum Schutz des privaten Letztververbrauchers	167 - 169
4. Sonderfall Haustürgeschäfte und ähnliche Vertriebsformen	170 - 172
5. Zusammenstellung der in diesem Zusammenhang wichtigen zivilrechtlichen Normen	173 - 174
6. Ausschluß der Verwertbarkeit zivilrechtlicher Verstöße in den Fällen des § 35 III GewO	175 - 176
II. Bedeutung der Gewerbeunterbindung bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen	177 - 184
1. Die Notwendigkeit des Einsatzes der zivilrechtlichen Sanktionsform zur wirksamen Rechtsdurchsetzung	177 - 180
a) Würdigung der zivilrechtlichen Sanktionsform	177
b) Würdigung der öffentlich-rechtlichen Sanktionsform	177 - 178
c) Doppelsanktionierung und Unverzichtbarkeit der zivilrechtlichen Sanktionsform	178 - 179
d) Größere Entwicklungsmöglichkeiten der zivilrechtlichen Sanktionsform	179 - 180
e) Gesamtwürdigung	180

Seite

2. Die Gewerbeunterbindung bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen als Maßnahme zur teilweisen Behebung der Mängel der zivilrechtlichen Sanktionsform 181 - 182

3. Einfluß der vorgeschlagenen Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechtes auf Gesetzgebung und Recht 183 - 184

III. Maßnahmen zur Erleichterung der Handhabung von Gewerbeunterbindungsmaßnahmen 185 - 190

1. Sicherung des Informationsflusses an die Gewerbeämter 185 - 186

a) Kontakt mit reklamationsbearbeitenden Stellen 185

b) Informationen von den Zivilgerichten 186

c) Informationen von den Staatsanwaltschaften 186

d) Aufklärungsarbeit 186

2. Verstärkte Überwachung der zu Verstößen gegen ziviles Recht neigenden Branchen und Vertriebsformen, sowie der bereits einschlägig aufgefallenen Gewerbetreibenden 187

3. Besondere Zurückhaltung bei der Erteilung von Reisegewerbekarten 187 - 188

4. Personalerhöhung der Gewerbeämter 188

5. Amtshaftung 188 - 190

IV. Ergebnis 191

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	=	anderer Ansicht
a.a.O.	=	am angegebenen Ort
AbzG	=	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
AGB	=	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	=	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	=	Anmerkung
Art.	=	Artikel
Aufl.	=	Auflage
Bayer.	=	Bayerisch
BayVBl	=	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	=	Der Betriebsberater
bezügl.	=	bezüglich
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	=	Bundesgesetzblatt
BGH	=	Bundesgerichtshof
BGHZ	=	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	=	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	=	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	=	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	=	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw	=	beziehungsweise
DM	=	Deutsche Mark
DÖV	=	Die öffentliche Verwaltung
Einl.	=	Einleitung
etc	=	et cetera

evtl	=	eventuell
EWG	=	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	=	und die (der) folgende Seite (Paragraph)
ff	=	und die folgenden Seiten (Paragraphen)
FUSG	=	Fernunterrichtsschutzgesetz
GastG	=	Gaststättengesetz
GewA	=	Gewerbearchiv
GewO	=	Gewerbeordnung
GG	=	Grundgesetz
GRUR	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	=	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht - Internationaler Teil -
GüKG	=	Güterkraftverkehrsgesetz
GWB	=	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HeimG	=	Gesetz über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige
HessVGH	=	Hessischer Verwaltungsgerichtshof
h.M.	=	herrschende Meinung
JZ	=	Juristenzeitung
Kfz.	=	Kraftfahrzeug
LG	=	Landgericht
MaBVO	=	Makler- und Bauträgerverordnung
NJW	=	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	=	Nummer
OLG	=	Oberlandesgericht

OVG	=	Oberverwaltungsgericht
OwiG	=	Ordnungswidrigkeitengesetz
RdNr.	=	Randnummer
S.	=	Seite
StGB	=	Strafgesetzbuch
StPO	=	Strafprozeßordnung
u.a.m.	=	und anderes mehr
Urt.	=	Urteil
u.s.w.	=	und so weiter
UWG	=	Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb
v.	=	von
VG	=	Verwaltungsgericht
VGH	=	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	=	vergleiche
VO	=	Verordnung
Vorb.	=	Vorbemerkung
WVMBl	=	Amtsblatt des bayerischen Staatsministeriums für Wirtschaft und Verkehr
WRP	=	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	=	zum Beispiel
ZRP	=	Zeitschrift für Rechtspolitik

Literaturverzeichnis

I. Aufsätze in Zeitschriften

Annecke	"Recht sichert Freiheit", ZRP 78, 173
Ahrens	Die Entstehung der zivilrechtlichen Sanktionen des UWG, WRP 80, 129
Bachof	Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 55, 97
Badura	Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 68, 446
Bäumler	siehe bei Kopf
Bartsch	Privatrechtlicher Schutz des Verbrauchers bei Haustürgeschäften, ZRP 73, 219
Bender	Probleme des Konsumentenkredits, NJW 80, 1129
Brandner	Wege und Zielvorstellungen auf dem Gebiet der AGB, JZ 73, 613
Damm	Privatrechtliche Verbandsklagen - Instrument der Wirtschaftskontrolle oder Kontrollersatz? ZRP 78, 167

Dörner	Zur Anwendung des Fernunterrichtsschutzgesetzes, BB 77, 1739
v. Falckenstein	Verbraucherverbandsklage, Schädigungen der Konsumenten und UWG-Novelle, WRP 78, 502
Finkelnburg	Der Betrieb von Alten- und Pflegeheimen, NJW 76, 1477
Gerlach	Änderung des Abzahlungsgesetzes, NJW 69, 1939
Grunsky	Die neuen Gesetze über die Prozeßkosten- und die Beratungshilfe, NJW 80, 2041
Haußleiter	Beruf und Gewerbe nach dem Bonner Grundgesetz, DöV 52, 496 ff
Hillermeier	Freiheit und soziale Verantwortung im Vertragsrecht, BB 76, 725
v. Hippel	Besserer Schutz des Verbrauchers vor unlauteren Geschäftsbedingungen, BB 73, 995
Hörle	Abzahlungsgeschäfte, in Gruchot's Beiträgen, 55. Jahrgang, 177
Janssen	Zwischenbilanz zu § 35 der Gewerbeordnung, GewA 69, 1
Jung	Bedeutung und dogmatische Erfassung eines Widerrufsrechts bei Haustürgeschäften, ZRP 81, 137
Kanzleiter	Die zivilrechtlichen Auswirkungen der Makler- und Bauträgerverordnung, Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum Gewerbearchiv, 2/81, 96

Kerl	Die UWG-Novelle - eine strafrechtliche Scheinwaffe? WRP 78, 342
Kienzle	Zwischenbilanz zu § 35 GewO, GewA 68, 145
Kienzle	Die Gewerbeuntersagung nach der Neufassung des § 35 GewO, GewA 74, 253
Kochendörfer	Sittenwidrige Höhe von Darlehenszinsen, NJW 80, 215
Kopf	(zusammen mit Bäumler) Die neue Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung im Bereich der Bankenaufsicht, NJW 79, 1871
Krause	Allgemeine Geschäftsbedingungen und das Prinzip des sozialen Rechtsstaates, BB 55, 265
Lach	Die Bedeutung der MaBVO beim Immobilienkauf, GewA 76, 77
Lehmann	Die bürgerlich-rechtliche Haftung für Werbeangaben, NJW 81, 1233
Lerche	Zum Apothekenurteil des BVerfG, BayVBl 58, 231
Metzner	Die Rechtsprechung zur Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO und zum Spielrecht nach §§ 33 c ff GewO, Wirtschaft und Verwaltung, Vierteljahresbeilage zum GewA 1/81, 43
Oppenhoff	(zusammen mit Vieregge) Stellungnahme zu den Vorschlägen der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und des Verbraucherschutzes (für die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht), GRUR 76, 136

Reich	Zivilrechtstheorie, Sozialwissenschaften und Verbraucherschutz, ZRP 74, 187
Reich	Abzahlungsrecht und Verbraucherschutz JZ 75, 550
Reich	UWG-Reform und Verbraucherschutz, ZRP 78, 100
Sack	Anmerkung zum Urteil des LG Trier vom 09.10.1973, NJW 74, 564
Schricker	Soll der einzelne Verbraucher ein Recht zur Klage wegen unlauteren Wettbewerbs erhalten? ZRP 75, 189
Schricker	Die Rolle des Zivil-, Straf- und Verwaltungsrechts bei der Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int 73, 694
Schricker	Zur Reform des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb Schadenersatzansprüche der Abnehmer und Rücktritt vom Vertrag bei irreführender und unlauterer Werbung, GRUR 79, 1
Sigl	Zum Rechtswechsel im gewerblichen Untersagungsrecht, GewA 75, 362
Stauder	Vom Abzahlungskauf zum Konsumentenkredit, ZRP 80, 217
Traub	Durchführungsverbot und Folgeverträge, GRUR 80, 673
Vieregge	siehe bei Oppenhoff
Wolf	Vorschläge für eine gesetzliche Regelung der AGB, JZ 74, 41

II. Monographien, Lehr- und Handbücher

Badura	Abschnitt Wirtschaftsverwaltungsrecht in Besonderes Verwaltungsrecht 5. Auflage, 1979
Bullinger	Öffentliches Recht und Privatrecht, in der Reihe res publica, 1968
Ehmke	"Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff", in der Reihe Recht und Staat Tübingen 1960
v. Falckenstein	Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, Köln, 1977
Hellwig	Auslegung und Anwendung des Begriffes Unzuverlässigkeit im Gewerberecht, Dissertation München, 1967
Hesse	Gründzüge des Verfassungsrechts, 12. Aufl. Karlsruhe 1980
v. Hippel	Verbraucherschutz, 2. Auflage 1979
Kienzle	Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO, 1965
Radbruch	Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Stuttgart 1950
Reimer	Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III Deutschland

Ryffel — Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, Neuwied und Berlin, 1969

Schüler — Die Gewerbeuntersagung in der Systematik des deutschen Gewerberechts, Dissertation, Mainz 1965

Zippelius — Allgemeine Staatslehre, 7. Aufl., München 1980

III. Beiträge in Festschriften

Eyermann	Gleichheitssatz, Wurzel des Willkürverbotes ? , in Verfassung und Verfassungsrechtsprechung, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes
Heckelmann	Grenzlinien für den Käuferschutz beim Ratenkauf nach dem BGB und nach dem AbzG, in Festschrift für Bärmann, München 1975
Löwe	Der Schutz des Verbrauchers vor AGB - Eine Aufgabe für den Gesetzgeber, in Festschrift für Larenz, München 1973

IV. Kommentare

Bäck/Hoffmann/ Janssen/Volmer	Gewerbeordnung, 1964, zitierter Bearbeiter: Janssen
Baumbach/Hefermehl	Wettbewerbsrecht, 13. Auflage, München 1981, zitierter Bearbeiter: Hefermehl
Crisolli	Das Rechtsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, Berlin und Leipzig, 4. Auflage, 1931
Dreher/Tröndle	Strafgesetzbuch, 40. Auflage, München 1981, zitierter Bearbeiter: Tröndle
Eyermann/Fröhler	Verwaltungsgerichtsordnung, 8. Auflage, München 1980
Fröhler/Kormann	Kommentar zur Gewerbeordnung, Heidelberg 1978
Fuhr	Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand Mai 1981
Göhler	Ordnungswidrigkeitenrecht, 6. Auflage, München 1980
Landmann/Rohmer	Kommentar zur Gewerbeordnung, 13. Auflage, zitierter Bearbeiter: Marcks (Kommentierung August 1980)
Löwe/von Westphalen/ Trinkner	Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der AGB, 1. Auflage, Heidelberg 1977, zitierter Bearbeiter: Löwe

Maunz/Dürig/Herzog/ Scholz	Grundgesetz, Lieferungen 1 - 18, zitierte Bearbeiter: Maunz, Dürig, Herzog
von Münch (Herausgeber)	Grundgesetzkommentar, 2. Auflage München 1981, zitierte Bearbeiter: Gubelt, Schnapp
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 40. Auflage, München 1981, zitierte Bearbeiter: Heinrichs, Putzo
Schmidt-Bleibtreu/ Klein	Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, 1980
Sieg-Leifermann	Gewerbeordnung, 4. Auflage, München 1978
Ulmer/Brandner/Hensen	AGB-Gesetz, 3. Auflage, Köln 1978, zitierte Bearbeiter: Ulmer, Hensen

V. Bundestagsdrucksachen

Bundestagsdrucksache 3/318	Entwurf eines 4. Bundesgesetzes zur Änderung der GewO
Bundestagsdrucksache 3/1304	Schriftlicher Bericht des Wirtschaftsausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines vierten Bundesgesetzes zur Änderung der GewO (Bundestagsdrucksache 3/318)
Bundestagsdrucksache 7/111	Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der GewO
Bundestagsdrucksache 7/598	Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des AbzG
Bundestagsdrucksache 7/1398	Bericht und Antrag des Rechtsausschusses zu dem vom Bundesrat eingebrachten Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des AbzG 7/598
Bundestagsdrucksache 8/130	Entwurf eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (Beschluß des Bundesrates vom 17.12.1976)
Bundestagsdrucksache 8/234	Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit dem zweiten Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 15. Mai 1974

VI. Bundesratsdrucksachen

Bundesratsdrucksache 179/75	Beschluß des Bundesrates zur Verordnung zur Durchführung des § 34 GewO (MaBVO)

VII. Sonstiges

1. Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministerums für Wirtschaft und Verkehr vom 27. November 1974 Nr. 4031 - IV/5a - 57972 (Vollzug des § 35 GewO), WVMBl 75 Nr. 1

2. Regierungsentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (mit Begründung), abgedruckt in WRP 78, 277

3. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Vollständiger Text nach dem Stande der 4. GWB-Novelle -, in der Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Nachdruck aus Heft 5, Mai 1980

4. Evangelisches Staatslexikon, 2. Auflage, zitierter Bearbeiter: Heuß

5. Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, mit Zitaten von Ulmer, Gudian, Klingsporn.

6. Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag 1980
Hadding, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits?

7. Übersicht über die Eintragungen im Gewerbezentralregister (Teilregister für natürliche Personen) in den Jahren 1976, 1977 und 1978; Beilage Nr. 36/79 zum Bundesanzeiger vom 31.10.1979

8. Lambsdorff, Geleitwort zur 4. Kartellgesetznovelle (Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb, Heft 5, 1980)

A. Ausgangslage und Problem

In einer stark arbeitsteiligen Gesellschaft ist der einzelne zur Deckung seines Lebensbedarfs ständig auf den Geschäftsverkehr mit Gewerbetreibenden angewiesen. Gleichzeitig ist er regelmäßig nicht in der Lage, zu beurteilen, ob der Gewerbetreibende sein Gewerbe ordnungsgemäß, das heißt in Befolgung der allgemeinen und besonderen Regeln (Normen) seines Gewerbes, die dem Schutz der Allgemeinheit dienen, ausübt, da es ihm hierzu an Sach- und Rechtskunde sowie an Einblick in die konkrete Geschäftsführung des Gewerbetreibenden mangelt. Der einzelne Kunde muß daher dem Gewerbetreibenden Vertrauen entgegenbringen können.

Aus diesen Umständen können der Allgemeinheit erhebliche Gefahren erwachsen, da Gewerbetreibende das Vertrauen mißbrauchen und dadurch sowohl den einzelnen als auch die Allgemeinheit schädigen können. Ein Wirtschaftssystem kann nur ordnungsgemäß funktionieren, wenn dem Geschäftspartner ein Mindestmaß an Vertrauen entgegengebracht werden kann. Eine funktionierende Wirtschaftsabwicklung ist aber Voraussetzung der sozialen Zufriedenheit und somit letztlich auch Voraussetzung eines stabilen Gemeinwesens.

Die nicht ordnungsgemäße, die Allgemeinheit gefährdende Gewerbeausübung muß daher unterbunden werden, soweit sie den sozialen Frieden und die soziale Gerechtigkeit stört.

Die Unterbindung der Gewerbeausübung stellt einen Eingriff in die Berufsfreiheit des Gewerbetreibenden dar. In dieses durch Art. 12 I 2 GG geschützte Grundrecht darf nach Art. 12 I 2 GG nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes eingegriffen werden. Das rechtstechnische Instrumentarium für die Gewerbeunterbindung ist vorhanden. Die Tatbestände dieser Normen enthalten teilweise mehrere Gründe[1)] aus denen eine Gewerbeunterbindung erfolgen muß oder kann. Zum Teil ist in den Tatbeständen auch nur ein Grund erwähnt:[1a)] die Unzuverlässigkeit. Sie ist die geläufigste Anforderung der verschiedenen Erlaubnisversagungs-, Erlaubnisrücknahme- und Untersagungsvorschriften.[1b)] Soweit in den Tatbeständen des Gewerbeunterbindungsrechtes andere Gründe aufgezählt sind, betreffen diese entweder sachliche Voraussetzungen der Gewerbeausübung[1c)] oder aber es handelt sich um auf die Person des Gewerbetreibenden bezogene Gründe, die zum Zweck der Konkretisierung aus dem, grundsätzlich alle in der Person des Gewerbetreibenden liegenden Untersagungsgründe umfassenden Unzuverlässigkeitsbegriff, ausgeschieden wurden.[1d)]

Die Zuverlässigkeit ist, von unbedeutenden Ausnahmen[2)] abgesehen, Voraussetzung einer rechtmäßigen Gewerbeausübung.

---

1) z.B. § 57 I GewO
1a) z.B. § 35 GewO
1b) Badura, Besonderes Verwaltungsrecht, S. 315, 317
1c) z.B. § 4 I Nr. 2 GastG - Anforderungen an die Räumlichkeiten, in denen die Gaststätte betrieben wird
1d) z.B. § 57 I Nr. 2 GewO
2) "Kann"-Rücknahmen bei Unzuverlässigkeit wie etwa § 78 GüKG

Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ist, wenn man sie vom Ziel des Gewerbeunterbindungsrechts her betrachtet, immer dann zu bejahen, wenn Interessen der Allgemeinheit durch die Gewerbeausübung eines einzelnen so bedroht sind, daß der Freiheitsanspruch des einzelnen auf Ausübung seines Gewerbes demgegenüber zurückstehen muß.[3)]

Die Beachtung gewichtiger Interessen der Allgemeinheit ist regelmäßig durch Normen des zwingenden Rechts geboten. Naturgemäß werden daher primär drohende Verstöße gegen zwingende Normen potentiell[4)] höherwertige Interessen der Allgemeinheit gegenüber dem Ausübungsinteresse des Gewerbetreibenden begründen können. Dies gilt in besonderem Maß bei zwingenden Normen, die gerade die Gewerbeausübung regeln,[5)] aber auch für Normen, die das rechts- und sozialstaatliche Zusammenleben in einer Industriegesellschaft ermöglichen sollen.

Dagegen wird die Abbedingung dispositiven Rechts[6)] und ein drohender Verstoß gegen nicht durch zwingende Normen geschützte Interessen der Allgemeinheit regelmäßig vom Freiheitsanspruch des einzelnen umfaßt sein, da es sich als rechtlich erlaubtes Verhalten darstellt. Lediglich unter ganz besonderen Umständen[7)] wird die Gefahr, gegen nicht durch zwingende Normen geschützte Interessen der Allgemeinheit zu verstoßen, höher einzustufen sein, als der Freiheitsanspruch des Gewerbetreibenden und damit

---

3) BVerfGE 7, 377 (405) - allgemein zu Einschränkungen der Berufsfreiheit
4) für die endgültige Beurteilung kommt es auf eine umfassende Interessenabwägung an, bei der die Gesamtgefährdung die entscheidende Rolle spielt
5) z.B. Vorschriften des Lebensmittelrechtes, des Meß- und Eichwesens, der Preisauszeichnung u.s.w.
6) soweit gesetzlich zulässig (kann z.B. durch die §§ 9, 10, 11 AGBG verboten sein)
7) so z.B. fehlendes Kapital, wenn in dem Gewerbebetrieb fremdes Vermögen verwaltet werden soll - Urteil des BVerwG vom 27.04.1971 in GewA 72, 150

zur Bejahung der Unzuverlässigkeit führen können.

Die Verletzung zwingenden Rechts ist in aller Regel sanktioniert. Dabei können zwei grundsätzliche Sanktionsformen unterschieden werden: die öffentlich-rechtliche Form (Strafrecht und Verwaltungsunrecht im wesentlichen) und die privatrechtliche Form. Bei der öffentlich-rechtlichen Form ist das Verhältnis Staat - Verletzer betroffen,[8] bei der privatrechtlichen das Verhältnis Verletzer - Verletzter. Daneben gewährt das Zivilrecht in manchen Bereichen auch Dritten, nämlich bestimmten Verbänden, Ansprüche (Sanktionen) gegenüber dem Verletzer.[9]

Die Sanktionen nach öffentlichem Recht bestehen häufig in der Verwirkung von Strafe oder Geldbuße, jedoch gibt es auch andere Formen, wie etwa die Entziehung oder Nichterteilung von Erlaubnissen.

Privatrechtliche Sanktionen bestehen in der Anordnung von Rechtsnachteilen wie etwa Nichtigkeit, verspätetem Fristbeginn, Unterlassungs- oder Schadenersatzpflicht u.a.m.

Öfters zieht die Verletzung zwingenden Rechts öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Sanktionen nach sich. So ordnet beispielsweise das GWB in seinen §§ 1, 15 die Nichtigkeit bestimmter Verträge an. Zusätzlich wird das Hinwegsetzen über die Nichtigkeit derartiger Verträge als Ordnungswidrigkeit öffentlich-rechtlich verfolgt (§ 38 I Nr. 1 GWB).

---

8) auch wenn das Eingreifen des Staates von einer Initiative des Verletzten abhängig ist, wie bei Antrags- und Privatklagedelikten

9) § 13 I a UWG, § 13 AGBG

Umgekehrt zieht die Verletzung öffentlich-rechtlich sanktionierter Normen über § 134 BGB möglicherweise auch die zivilrechtliche Nichtigkeit nach sich.[10)]

Korrespondierende öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Sanktionen gibt es relativ häufig in unserem Rechtssystem. So verwirkt etwa der Dieb nicht nur Strafe nach § 242 StGB, sondern er kann nach Privatrecht[11)] regelmäßig auch nicht Eigentümer der gestohlenen Sache werden, muß die Sache, bzw. ihren Wert herausgeben und ist obendrein etwaigen Schadensersatzansprüchen des Bestohlenen ausgesetzt.

Die mehrfache Sanktionierung erscheint in manchen Bereichen erforderlich, um eine Beachtung der Rechtssätze zu sichern. Soweit dies nicht schon durch die Komplexität der Verhältnisse bedingt ist, wird möglicherweise auch deswegen zur Doppelsanktionierung gegriffen, weil im Gesetzgebungsstadium nicht geklärt werden kann, welche Form der Sanktionierung mehr Erfolg verspricht.[12)] In der Praxis führen dann oft die allerverschiedensten Gründe zur weitgehenden Bedeutungslosigkeit bestimmter Sanktionen.[13)]

Die Frage, ob eine Norm öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich oder doppelt sanktioniert werden soll, ist häu-

---

10) so z.B. bei nach § 56 I Nr. 6 GewO verbotenerweise abgeschlossenen Darlehensverträgen im Reisegewerbe - BGH-Urteil vom 08.02.1979 in NJW 79, 1597

11) §§ 929 ff BGB

12) derartige Motive legt etwa die Entstehungsgeschichte des UWG nahe - siehe hierzu Ahrens, WRP 80, 129 ff

13) siehe etwa Reich, ZRP 78, 100 zu den strafrechtlichen Sanktionen des UWG oder Oppenhoff/Vieregge, Stellungnahme zu den Vorschlägen der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts und des Verbraucherschutzes, GRUR 76, 136 bezüglich § 4 UWG

fig Gegenstand heftiger Kontroversen, in deren Mittelpunkt regelmäßig die Effektivität der verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten steht.[14] Welche Sanktionsform dann letztlich gewählt wird, ist weitgehend von der Beurteilung der Durchsetzungschancen der jeweiligen Form seitens des Gesetzgebers[15] und der Stärke der, die eine oder andere Form forcierenden, Interessengruppen abhängig.[16] Insgesamt ist eine klare Systematik in der Wahl der Sanktionsform nicht erkennbar, letztlich spielt der Zufall eine erhebliche Rolle.

Die Gewerbeunterbindung wegen Unzuverlässigkeit ist eine öffentlich-rechtliche Sanktion, die nicht direkt an die Verletzung einer zwingenden Norm anknüpft. Zweck ist nicht die Bestrafung für vorliegendes, normwidriges Verhalten, sondern die Verhinderung normwidrigen Verhaltens für die Zukunft.[17] Die hierfür erforderliche Prognose zukünftigen Verhaltens[18] muß sich aber ihrerseits hauptsächlich auf vorliegende Verstöße gegen zwingende Normen stützen.

Nach der herrschenden Meinung[19] zum Gewerbeunterbindungsrecht sind für diese Prognose Verstöße gegen "lediglich" zivilrechtlich sanktionierte Normen grundsätzlich unbeachtlich, weil sich aus der fehlenden öffentlich-rechtlichen Sanktionierung ergebe, daß kein öffent-

---

14) so z.B. die Diskussion um die Novellierung des UWG, siehe statt aller: Schricker, GRUR 79, 1 ff
15) siehe hierzu etwa die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, A 1., B II 2, B III 2, B IV
16) in diese Richtung: Damm, ZRP 78, 167
17) Hellwig, Auslegung und Anwendung des Begriffs Unzuverlässigkeit im Gewerberecht, S. 57
18) Kienzle, Gewerbeuntersagung, S. 16
19) siehe etwa Sieg-Leifermann, GewO, Anm. Nr. 9 zu § 35
oder Bundestagsdrucksache 3/1304, S. 4

liches Interesse an der Befolgung der Norm bestehe.[20] Diese Meinung geht davon aus, daß die Form der Sanktionierung von dem Umfang des öffentlichen Interesses an der Befolgung der Norm abhängig sei und daß aus dem Fehlen einer öffentlich-rechtlichen Sanktionierung das fehlende öffentliche Interesse an der Verhinderung der Verstöße gegen Zivilrecht herzuleiten sei.

Diese herrschende Meinung zum Gewerbeunterbindungsrecht ist, unter dem oben angesprochenen Gesichtspunkt der letztendlichen Zufälligkeit der Wahl der Sanktionsform, etwas überraschend. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG[21] und Teile der Literatur[22] von der grundsätzlich gleichen Rechtsqualität zwingenden Rechts, gleichgültig nun, ob zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich sanktioniert, ausgehen. Auch die nahezu unauflösliche Gemengelage, in der sich öffentlich- und privatrechtlich sanktioniertes Recht in Bereichen wie z.B. dem Wirtschafts- und Arbeitsrecht befindet,[23] spricht gegen die von der herrschenden Meinung zum Gewerbeunterbindungsrecht gemachte Unterscheidung nach der Höhe des öffentlichen Interesses an der Befolgung der Norm. Hinzu kommt, daß in Gesetzen wie z.B. dem UWG, die einem einheitlichen Zweck dienen, die unbestritten wesentlichen Bestimmungen der §§ 1, 3 überwiegend rein zivilrechtlich, unbedeutendere Vorschriften[24] dagegen öffentlich-rechtlich sanktioniert sind. Auch an der Einräumung der Klagebefugnis für Verbände bei der Verletzung zivilen Rechts gegenüber einzelnen wird das öffentliche Interesse an der Befolgung privatrechtlich sanktionierten Rechts deutlich.[25]

---

20) so etwa die Bayer. Verwaltungsvorschrift zu § 35 GewO, WVMBL 75 Nr. 1
21) BVerfGE 7, 206
22) Radbruch, Rechtsphilosophie, S. 227
23) Radbruch, a.a.O., S. 226
24) z.B. §§ 7 II 1, 10 I Nr. 1 - Angabe des Ausverkaufsgrundes
25) weil in den Verbandskompetenzen allgemein eine Alternative zur sonst erforderlichen Verwaltungskontrolle (öffentlich-rechtliches Sanktionssystem) gesehen wird, so etwa Schricker, GRUR 79, 6

In der Rechtstheorie ist weitgehend unbestritten, daß dem Privatrecht als Organisationsrecht der Gesellschaft[26] in einem sozialen Staat erhebliches öffentliches Interesse zukommt. Dies muß naturgemäß auch für die Beachtung des Privatrechts gelten.

Würdigt man diese Gesichtspunkte zusammenfassend, erscheint die herrschende Meinung zum Gewerbeunterbindungsrecht als Relikt der Begriffsjurisprudenz.

Jedenfalls ist sie einer kritischen Untersuchung würdig. Dies gilt umso mehr, als gerade die hartnäckig gegen ziviles Recht verstoßenden Gewerbetreibenden eines der großen und ungelösten Probleme des Verbraucherschutzrechtes darstellen.[27] Ein häufiger Wechsel von Firma und Geschäftspraktiken,[28] Beweisschwierigkeiten[29] und anderes mehr[30] hindert die Wirksamkeit zivilrechtlicher Sanktionen gegen sie. Die verschuldensunabhängige, sicherheitsrechtliche Gewerbeunterbindung zielt auf den einzelnen Gewerbetreibenden und berücksichtigt dessen Gesamtverhalten.[31] Ein Wechsel von Firma oder Geschäftspraktiken kann daher nichts nützen. Bei Schädigungen von großen Personenkreisen kann der Nachweis einiger weniger Fälle genügen, wenn diese mit genügender Sicherheit auf gleiches Verhalten in den anderen Fällen schließen lassen. Daß angesichts der

---

26) Radbruch, a.a.O., S. 226 f

27) so bezüglich der Verstöße gegen UWG-Normen: v. Falckenstein, Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände S. 149, 179

28) so beklagt etwa auch Kerl, WRP 78, 343 Mobilität und Flexibilität der UWG-Täter, siehe auch v. Falckenstein, a.a.O, S. 79 (bezügl. Kaffeefahrten)

29) vor allem wenn die soziale Unterschicht Ziel des Gewerbetreibenden ist, siehe hierzu: v. Falckenstein, a.a.O., S. 147 ff, S. 80

30) etwa die häufig erhebliche Finanzkraft unseriöser Gewerbetreibender, siehe: v. Falckenstein, a.a.O, S. 79 (bezüglich Kaffeefahrten)

31) allg. Meinung, daß Gesamteindruck maßgebend, siehe etwa Marcks in Landmann/Rohmer, GewO, 13. Aufl. Rd.Nr. 33 zu § 35

teilweise horrenden Gewinnspannen[32] derartige Gewerbetreibende Vertrags- und Zwangsvollstreckungsstrafen sowie Schadensersatzforderungen lächelnd in Kauf genommen haben,[33] wird schon durch die Tatsache des hartnäckigen Zuwiderhandelns belegt. Die Gewerbeunterbindung könnte in diesem Bereich eine wirksame Waffe darstellen.[34] Die vermögensrechtliche Stellung des Verbrauchers wird zu einem großen Teil durch Zivilrecht geschützt.[35] Soll dieser Schutz auch im Graubereich zur Wirtschaftskriminalität ernst genommen werden, ist die Gewerbeunterbindung auch bei Verstoß gegen lediglich zivilrechtlich sanktionierte Normen erforderlich.

Es bedarf dann für diesen weiten Bereich möglicher Verstöße auch keiner neuen öffentlich-rechtlichen Sanktionen oder Kompetenzen, etwa der Einführung eines Verbraucherombudsmannes. Jedenfalls sollte, ehe nach neuen Regelungen und Institutionen zum Schutze des Verbrauchers gegen laufende zivilrechtliche Verstöße gerufen wird, untersucht werden, ob nicht das geltende Gewerberecht schon ausreichende Möglichkeiten böte, die aktiviert werden könnten.

---

32) so etwa bei Kaffeefahrten 400 - 1000 % - siehe v. Falckenstein, a.a.O., S. 79
33) siehe etwa v. Falckenstein, a.a.O., S. 79
34) bisher wird von ihr bei zivilrechtlichen Verstößen so gut wie kein Gebrauch gemacht - vgl. v. Falckenstein, a.a.O., S. 177
35) so etwa Reich, ZRP 74, 187

1. Grundlagen und Handhabung des Unzuverlässigkeitsbegriffes

I. Die normativen Regelungen der Gewerbeunterbindung

Das Recht der Gewerbeunterbindung ist in einer Vielzahl von Vorschriften geregelt. Hierbei lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

1. Allgemeine Vorschriften, die für mehrere Gewerbe gelten

a) § 35 GewO gilt grundsätzlich für das gesamte stehende Gewerbe.[1] Bei fehlender Zuverlässigkeit ist eine ganze oder teilweise Gewerbeuntersagung die zwingende Rechtsfolge. Soweit für bestimmte Gewerbe spezielle Unterbindungsnormen vorhanden sind, gehen diese als lex specialis vor. Die Anwendung des § 35 GewO ist aber, zur Ergänzung der speziellen Unterbindungsnorm, auch bei Gewerben möglich, für die derartige Spezialnormen existieren.[1a]

b) Für das gesamte Reisegewerbe gelten die §§ 57 ff GewO. Die Regelung ist unterschiedlich, je nachdem, ob für die entsprechende Reisegewerbetätigkeit eine Reisegewerbekarte erforderlich ist oder nicht.[2] Ist sie erforderlich, gibt es eine Reihe zwingender Versagungsgründe (§ 57 GewO), zu denen die Unzuverlässigkeit gehört und eine Reihe fakultativer (§ 57 a GewO). Ist eine Reisegewerbekarte nicht erforderlich,[3] kann

---

1) Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 1 zu § 35
1a) h.M., siehe etwa Sigl, GewA 75, 362
2) siehe zur Frage der Erforderlichkeit einer Reisegewerbekarte §§ 55 ff GewO
3) so z.B. für das Verkaufen von Zeitungen auf öffentlichen Straßen, wenn nur der Auftraggeber nicht aber der Verkäufer gewerbsmäßig handelt - siehe Beschluß des BGH vom 29.01.1980 in GewA 80, 163

die Ausübung des Reisegewerbes untersagt werden, wenn Gründe nach den §§ 57, 57 a GewO vorliegen.
Die Rücknahme einer erteilten Reisegewerbekarte ist bei Vorliegen von den, in den §§ 57, 57 a GewO aufgezählten Gründen möglich, aber nicht zwingend vorgeschrieben (§ 58 GewO).

c) Nach § 70 a GewO kann die Teilnahme an einer Veranstaltung im Marktgewerbe bei fehlender Zuverlässigkeit untersagt werden.

2. Spezielle Vorschriften, die nur für jeweils ein Gewerbe gelten

Diese Vorschriften sind auf erlaubnispflichtige Gewerbe beschränkt. Hierbei gibt es Erlaubnisversagungs-[4] und Erlaubnisrücknahmevorschriften[5].

Soweit ersichtlich, muß die Versagung einer begehrten Erlaubnis bei vorhandener Unzuverlässigkeit immer erfolgen. Die Rücknahme einer bereits erteilten Erlaubnis ist bei Unzuverlässigkeit teils zwingend auszusprechen,[5a] teils in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt.[5b] Die Rechtsfolge "Rücknahme" ist, vor allem in Bereichen, in denen Bestandsschutzgründe eine Rolle spielen,[6] nicht zwingend vorgeschrieben.

Besteht bei erlaubnispflichtigen Gewerben zwar eine Erlaubnisversagungs- aber keine Erlaubnisrücknahmevorschrift, so kommt, statt der Rücknahme, die allgemeine Untersagung nach § 35 GewO in Betracht.[7]

---

4) z.B. § 4 GastG, § 10 I GükG
5) z.B. § 15 GastG, § 78 GükG
5a) z.B. § 88 I Nr. 5 GükG
5b) z.B. § 58 GewO
6) so z.B. im Güterfernverkehr (§ 78 II Nr. 3 GükG) da objektive Zulassungsschranke besteht - BVerfGE 9, 137 (147)
7) siehe etwa Badura in Besonderes Verwaltungsrecht, S. 317

II. Der Unzuverlässigkeitsbegriff

1. Der Unzuverlässigkeitsbegriff in den Tatbeständen des Gewerbeunterbindungsrechts

Der Begriff Unzuverlässigkeit taucht in nahezu allen Tatbeständen des Gewerbeunterbindungsrechtes auf. Zum Teil wird er in diesen Tatbeständen auch durch Regelkataloge erläutert.[8)]

Mit dem Begriff Unzuverlässigkeit werden die aus der Persönlichkeit des Gewerbetreibenden herrührenden Gründe für eine Gewerbeunterbindung umschrieben.

Es gibt jedoch auch aus der Persönlichkeit folgende Gründe, die, jedenfalls äußerlich, nicht unter den Unzuverlässigkeitsbegriff fallen. So kann man die Nichteinhaltung zwingender Vorschriften über die Vorbildung[9)] des Gewerbetreibenden nicht als Unzuverlässigkeit ansehen, vielmehr ist der Gewerbetreibende aus anderen Gründen von der Gewerbeausübung fernzuhalten.[9a)] Auch die Taubheit oder die abschreckende Entstellung eines Gewerbetreibenden sind zwar Gründe, die aus dessen Persönlichkeit fließen, sie gehören jedoch z.B. im Reisegewerbe nicht zum Unzuverlässigkeitsbegriff, sondern sind seperat aufgezählte Versagungsgründe.[10)] Andererseits gibt es aber auch Gründe, die zwar nach allgemeiner Meinung unter den Unzuverlässigkeitsbegriff fallen, die aber nicht eindeutig aus der Persönlichkeit des Gewerbetreibenden herrühren, wie etwa die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.[11)]

---

8) so etwa in den §§ 33 c II, 34 b IV Nr. 1, 34 c II Nr. 1 GewO

9) z.B. §§ 34 b IV letzter Satz, 30 b GewO

9a) Die Verflechtung zwischen Vorbildung und Unzuverlässigkeitsbegriff wird in § 35 a GewO deutlich.

10) in § 57 a GewO

11) BVerwG, Urteil vom 27.04.1971 in GewA 72, 150

Insgesamt wird man jedoch sagen können, daß unter den Begriff der Unzuverlässigkeit alle, nicht in Normen als gesonderte Unterbindungsgründe aufgezählten Ausschließungsgründe fallen, die in der Person (im weitesten Sinne) des Gewerbetreibenden ihre Ursache haben.

In einer Reihe von Unterbindungstatbeständen sind aus der Persönlichkeit des Gewerbetreibenden herrührende Untersagungsgründe konkret bezeichnet und somit aus dem Unzuverlässigkeitsbegriff der betreffenden Unterbindungsnorm ausgeschieden worden.[11a)]

Sieht man von den wenigen Bestimmungen ab, die bei gegebener Unzuverlässigkeit die Rechtsfolge in das Ermessen der Verwaltungsbehörde stellen,[12)] ist die Zuverlässigkeit eine Voraussetzung der Gewerbeausübung. Soweit sie nicht gegeben ist, muß die Gewerbeausübung unterbunden werden. Dies muß jedenfalls für alle die Tatbestände gelten, in denen die gegebene Unzuverlässigkeit zur Unterbindung genügt,[13)] das heißt immer dann, wenn keine zusätzlichen Tatbestandsmerkmale zur Rechtsfolge "Gewerbeunterbindung" erforderlich sind.

Dagegen ist z.B. nach dem Wortlaut des § 35 GewO neben der Unzuverlässigkeit auch noch notwendig, daß die Gewerbeuntersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist jedoch ein Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsgebotes, das bei jedem staatlichen Eingriff zu beachten ist; insoweit wird man ihre Nennung in § 35 GewO als deklaratorische Aufzählung werten müssen und kann darin kein zusätzliches Tatbestandsmerkmal sehen.[14)]

11a) z.B. § 57 I Nr. 2,3 GewO
12) so z.B. § 58 GewO; § 78 II GükG
13) z.B. in §§ 57 I Nr. 1, 34 c II Nr. 1 GewO
14) Hellwig, a.a.O., S. 34 ff; Fuhr, a.a.O., Anm. 2 d (2) zu § 35

Die Erforderlichkeit kann vom Unzuverlässigkeitsbegriff nicht gelöst werden, weil sonst die Zweckausrichtung des Begriffes entfiele. Ohne Zweckorientierung könnte der Unzuverlässigkeitsbegriff aber nur als sittliche Unzuverlässigkeit verstanden werden, gerade dies soll er aber, nach allgemeiner Meinung,[14a)] nicht bedeuten.

Die im Unzuverlässigkeitsbegriff enthaltene Erforderlichkeit betrifft jedoch nur die Frage, ob eine Gewerbeunterbindungsmaßnahme überhaupt erfolgen muß. Die Frage, welche Gewerbeunterbindungsmaßnahme getroffen wird, wenn mehrere zur Wahl stehen, ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beantworten.

Auch die Rechtsgütergefährdung ist dem Unzuverlässigkeitsbegriff immanent.[15)] Auch wenn sie dem Wortlaut nach als gesondertes Tatbestandsmerkmal erscheint,[15a)] ist darin ebenfalls nur eine deklaratorische Aufzählung zu sehen. In allen Tatbeständen des Gewerbeunterbindungsrechts, in denen die Unzuverlässigkeit alleiniges Tatbestandsmerkmal ist, muß die Rechtsgütergefährdung dem Begriff immanent sein, da die Gewerbeunterbindung als regelmäßig[16)] zwangsläufige Folge der Bejahung der Unzuverlässigkeit, einen Eingriff in das Grundrecht des Gewerbetreibenden aus Art. 12 GG darstellt. Dieser ist nur zulässig, wenn Rechtsgüter gefährdet werden.[17)] Muß daher in diesen Fällen die Rechtsgütergefährdung dem Begriff Unzuverlässigkeit immanent sein, wäre ein unterschiedlicher Unzuverlässigkeitsbegriff die Folge,[17a)] falls man die Rechtsgütergefährdung als dem Begriff nicht immanent ansehen würde, wenn sie im Tatbestand neben der Unzuverlässigkeit aufgezählt wird. Es soll aber im folgenden von einem einheitlichen, auch die Rechtsgütergefährdung enthaltenden, Unzuverlässigkeitsbegriff ausgegangen werden.

14a) siehe etwa BVerwG, Urteil vom 27.06.1961 in NJW 61, 1834
15) Bundestagsdrucksache 7/111, S. 5
15a) wie in § 35 I der GewO vom 05.02.1960
16) Ausnahmen nur dann, wenn bei Kann-Rücknahmen trotz gegebener Unzuverlässigkeit eine Gewerbeunterbindung nicht erfolgt
17) Ausnahmen dann, wenn sich eine teilweise Gewerbeuntersagung einmal nur als Berufsausübungsregelung darstellt.
17a) so argumentiert auch Kienzle, GewA 74, 253 ff

2. Die Rechtsnatur des Unzuverlässigkeitsbegriffes

a) Unbestimmter Rechtsbegriff

Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist weder in der GewO noch im sonstigen Gewerberecht festgelegt. In einigen Tatbeständen, die den Begriff Unzuverlässigkeit enthalten, ist er durch eine kasuistische Aufzählung von Tatsachen, die die Unzuverlässigkeit ausmachen können, erläutert.[18] Die Aufzählung ist regelmäßig weder verbindlich noch abschließend. Selbst wenn eine der aufgezählten Tatsachen gegeben ist, muß deswegen die Unzuverlässigkeit nicht angenommen werden.[19] Im Gesetzgebungsverfahren zum 4. Änderungsgesetz der GewO wurde auch für § 35 GewO eine Erläuterung des Unzuverlässigkeitsbegriffs durch Regelbeispiele diskutiert.[20] Den Behörden sollte ein Anhalt für die Entscheidung gegeben werden. Aus verschiedenen Gründen wurde jedoch darauf verzichtet.[21]

Der Gesetzgeber hat die Konkretisierung des Begriffes Unzuverlässigkeit den Behörden, der Rechtsprechung und der Lehre überlassen. Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff.[22] Er kann nach den jeweils durchschnittlichen sozialen und wirtschaftlichen Anschauungen unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Willens mit konkretem Rechtsgehalt ausgefüllt werden.[23] Er kann daher den Zeitverhältnissen entsprechend verschieden sein.[24] Da der Begriff gewerbebezogen ist, unterliegt er auch den Wandlungen der einzelnen Berufsbilder.[25]

---

18) z.B. in den §§ 34 b IV Nr. 1, 34 II Nr. 1 GewO
19) siehe etwa Fuhr, GewO, Anm. 4 zu § 33 d
20) Bundestagsdrucksache 3/318 S. 18
21) Bundestagsdrucksache 7/111, S. 5
22) Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 5 zu § 35; BVerwGE 1, 149
23) so allgemein für unbestimmte Rechtsbegriffe: BVerwGE 2, 313 (314)
24) Schüler, S. 89 ff
25) Hellwig, a.a.O., S. 57

Unbestimmte Rechtsbegriffe haben den Vorteil der größeren Flexibilität für sich, da mit ihnen auch unvorhergesehene Situationen und Konstellationen erfaßt werden können. Die Verwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe in Gesetzen verstößt nicht von vorneherein gegen das Verbot unklarer Gesetze, da keine Gesetzgebung ohne derartige Begriffe auskommt, wenn das Rechtsleben nicht erstarren soll.[26] Häufig wird gegen unbestimmte Rechtsbegriffe eingewendet, daß sie zu Rechtsunsicherheit und Willkür in der Anwendung führen könnten. Dagegen ist zu sagen, daß bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe sowohl das GG zu beachten ist (daraus folgt ein Willkürverbot), wie auch allgemeine Verwaltungsgrundsätze (Erforderlichkeit, Verhältnismäßigkeit, Selbstbindung der Verwaltung durch Handeln), die eine ausreichende Rechtssicherheit gewährleisten. Die Konkretisierung steht ihrerseits der Flexibilität nicht notwendigerweise im Wege, da sie durchaus auch in allgemein gültiger Form erfolgen kann.

Hinzu kommt, daß die Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung als Rechtsanwendung nach der h.M. verwaltungsgerichtlich voll nachprüfbar ist.[27] Das bedeutet, daß den Behörden kein Ermessensspielraum bei der Subsumtion von Tatsachen unter unbestimmte Rechtsbegriffe eingeräumt ist, da es nur eine richtige Entscheidung geben kann.

Die Verwaltungsbehörden müssen die im Einzelfall zu treffende Entscheidung nach strengem Legalitätsprinzip allein durch Unterordnung des Sachverhalts unter die Tatbestandsmerkmale treffen.[28]

---

26) BVerwGE 7, 114 (121)
BVerwGE 8, 274 (326)
27) Eyermann-Fröhler, VwGO, Anm. 9 a zu § 114; Sieg-Leifermann, a.a.O. Nr. 5 zu § 35
28) Marcks in Landmann/Rohmer, RdNr 29 zu § 35

Diese Meinung ist jedoch nicht unwidersprochen. Bachof[29] hält einen gerichtlich nicht nachprüfbaren Beurteilungsspielraum bei der Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe für möglich. Ehmke[30] geht davon aus, daß das Ermessen ein die ganze Verwaltung kennzeichnendes, wenn auch in verschiedenem Umfang gegebenes Merkmal ist. Er will den Umfang der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung durch das Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers einerseits und das Interesse der Bürger an einer leistungsfähigen Verwaltung andererseits bestimmt sehen.[31] Der Dualismus unbestimmter Rechtsbegriff - Ermessensfreiheit mit seiner Alles - oder Nichtsfolge bei der gerichtlichen Nachprüfbarkeit wird von Ehmke als nicht sachgemäß angesehen.

Nach der h.M. ergibt sich eine volle Nachprüfbarkeit bezüglich der Subsumtion der Tatsachen unter den Unzuverlässigkeitsbegriff.[32]

Nach der Ansicht von Bachof und Janssen[33] müssen bei der Subsumtion subjektive Wertentscheidungen vorgenommen werden. Diese unterliegen einem Beurteilungsspielraum, der verwaltungsgerichtlich nicht nachprüfbar ist.

Nach der Ansicht von Ehmke muß eine Abwägung zwischen Rechtsschutzbedürfnis und dem Interesse des Bürgers an einer leistungsfähigen Verwaltung vorgenommen werden. Bei Gewerbeuntersagungsverfahren ist das Rechtsschutzbedürfnis des Gewerbetreibenden außerordentlich hoch, da in der Regel seine Existenzgrundlage und gesamte Lebensführung von der Entscheidung abhängen. Andererseits ist schon wegen der relativ

---

29) in JZ 55, 97 ff
30) in "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff", S. 40
31) Ehmke, a.a.O., S. 47
32) siehe etwa Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 5 zu § 35
33) siehe dazu GewA 69, 1 (3)

geringen Zahl der Untersagungsverfahren[34] und der daraus folgenden Überschaubarkeit der Vorfälle eine erhebliche Behinderung der Verwaltungstätigkeit nicht zu befürchten. Nach dieser Ansicht kommt man daher ebenfalls zu einer völligen Nachprüfbarkeit der Entscheidung der Behörde.

Wegen des intensiven Rechtsschutzbedürfnisses und der geringfügigen Mehrbelastung, welcher der Verwaltung durch Aufhebung ergangener Entscheidungen entsteht, erscheint die völlige Nachprüfung als richtig. Die zu diesem Ergebnis führende h.M. erscheint zunächst als zu formalistisch. In der Praxis wird sie aber dadurch flexibel, daß Begriffe, die früher als unbestimmte Rechtsbegriffe angesehen wurden, durch die Gerichte zu Ermessensbegriffen erklärt wurden.[35] Richtig erscheint aber die Ansicht von Ehmke, da sie zu einer größeren Flexibilität bei der Nachprüfung führt.

Ist der Tatbestand unter den unbestimmten Rechtsbegriff subsumiert, kommt es nur noch darauf an, ob der Behörde ein Handlungsspielraum eingeräumt ist, d.h. ob sie eine bestimmte Rechtsfolge aussprechen muß oder kann. Ob ein Handlungsermessen eingeräumt ist, kann den jeweiligen Tatbeständen entnommen werden, dies hat mit der Rechtsnatur des Unzuverlässigkeitsbegriffes nichts zu tun.

---

34) so wurden etwa im Fünfjahreszeitraum 1975 - 1979 durch das Gewerbeamt einer mittleren kreisfreien Stadt (60.000 Einwohner) jährlich durchschnittlich 1 - 2 Untersagungen durchgeführt (eigene Ermittlung)

35) BVerwGE 4, 89 (92)

b) Die polizeirechtliche Natur des Unzuverlässigkeitsbegriffes

Der Begriff Unzuverlässigkeit stammt aus dem Sicherheitsrecht.[36] Aufgabe des Sicherheitsrechts ist es, Gefährdungen der Allgemeinheit zu verhindern, bzw. zu unterbinden. Im Gegensatz zum Strafrecht ist es weitgehend frei von moralischen Wertmaßstäben. Dies muß auf den Unzuverlässigkeitsbegriff übertragen werden. Im Gegensatz zum normalen Sprachgebrauch ist daher der Begriff Unzuverlässigkeit im Gewerberecht frei von moralisierenden Wertvorstellungen.[37] Vielmehr hat sich der Begriffsinhalt nur an der Aufgabe des Sicherheitsrechts, nämlich der Gefahrenabwehr, zu orientieren. Unzuverlässigkeit ist ein rein finaler, zweckorientierter Begriff.[38] Da es im Sicherheitsrecht nicht um eine Bestrafung des Täters für begangenes Unrecht, sondern um die Verhinderung zukünftiger Gefährdungen geht, ist ein Verschulden nicht notwendig.[39] Gerade auch verschuldensunfähige Gewerbetreibende (z.B. Geisteskranke) können die Allgemeinheit gefährden. Das Verschulden bleibt aber bei der Stellung der Prognose[40] nicht unbeachtet. Die Unzuverlässigkeit kann auch als Summe von Charaktereigenschaften[41] aufgefaßt werden, aus denen die Gefährdung resultiert.[41a] Wer aber sein Handeln verschuldet, ist häufig gefährlicher als derjenige, der unbewußt handelt. Verschulden muß daher immer berücksichtigt werden, Nichtverschulden hat bei trotzdem bestehender Gefährdung unbeachtet zu bleiben.

---

36) Kienzle, a.a.O., S. 11
37) Badura, a.a.O., S. 315 f
38) Marcks in Landmann/Rohmer, GewO, RdNr 30 zu § 35
39) Hellwig, a.a.O., S. 58 ff
40) Hellwig, a.a.O., S. 58 ff
41) so auch Hellwig, a.a.O., S. 62
41a) Ein Charaktermangel im Sinn einer sittlichen Unzuverlässigkeit ist jedoch nicht Voraussetzung, siehe BVerwG, Urteil vom 27.06.1961 in NJW 61, 1834

c) Die Gewerbebezogenheit des Unzuverlässigkeitsbegriffes

Der Begriff Unzuverlässigkeit ist für die verschiedenen Gewerbe verschieden auszulegen. Für § 35 GewO geht dies schon aus dem Wortlaut des Gesetzes hervor. Dort ist die Unzuverlässigkeit ausdrücklich auf das ausgeübte Gewerbe bezogen. Das bedeutet, es gibt keinen absoluten Unzuverlässigkeitsbegriff.[42] Dies ist unbestritten, da ein allgemeiner Begriff den durchaus verschiedenen Interessenlagen in verschiedenen Gewerben nicht gerecht werden könnte.[43]

Einzelne Tatsachen, die grundsätzlich geeignet sind, die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden darzutun, sind je nach Gewerbe u.U. völlig anders zu gewichten. So ist es z.B. ohne weiteres einsichtig, daß Verstöße gegen die Eigentumsordnung bei einem Altwarenhändler sehr viel eher von Bedeutung sind, als z.B. bei einem Bäcker. Diese Gewerbebezogenheit resultiert aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der Maßnahmen, die nicht erforderlich sind, verbietet. Er macht die Relativierung des Begriffes notwendig, da die Anforderungen an den Gewerbetreibenden je nach Gewerbe verschieden sind.

Um Gefährdungen der Allgemeinheit durch die Gewerbeausübung zu verhindern, ist es daher u.U. notwendig, in einem Gewerbe, das einschlägige Gefährdungen begünstigt, zu untersagen, während dies bei einem Gewerbe, das zu derartigen Gefährdungen nicht neigt, unrechtmäßig, da nicht erforderlich ist.

---

42) BVerwG Urteil vom 27.06.1961 in NJW 61, 1834
43) Badura, a.a.O., S. 316

d) Weitere Relativierungen des Begriffes

Umstritten ist, ob es auch auf die Eigenart des Betriebes ankommt. Das BVerwG[44] hat dies abgelehnt, Teile der Literatur[45] treten aber für eine Berücksichtigung der Betriebseigenarten ein.

Wegen der großen Verschiedenheiten, die bei Betrieben desselben Gewerbes auftreten können (Betriebsgröße, Betriebsstandort usw.), erscheint eine Relativierung nach den Betriebseigenarten angebracht,[46] ja unbedingt geboten, da die jeweiligen Gefährdungen ganz verschieden sein können.

Der Begriff kann auch durch äußere, nicht in den Eigenarten des Betriebes bestehenden Umständen relativiert werden. So kann z.B. unrechtmäßiges Verhalten in Krisenzeiten weniger schwer, aber auch schwerer wiegen als das gleiche Verhalten in Normalzeiten, je nachdem, ob ein verwerfliches Ausnützen einer günstigen Situation oder aber z.B. nur die Zuwiderhandlung gegen eine in diesen Zeiten zu harte Vorschrift vorliegt. Auch der Wandel des Berufsbildes kann zu einer Relativierung des Begriffes führen.[47]

---

44) BVerwGE 10, 338 ff
45) siehe z.B. Kienzle, a.a.O., S. 11
46) WVMBL 1, 1975 Nr. 3.1.3
47) Hellwig, a.a.O., S. 57

Der Unzuverlässigkeitsbegriff unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes

a Die Koppelung zwischen Bejahung der Unzuverlässigkeit und Gewerbeunterbindung

Wie oben bereits erwähnt,[48] muß nach einem Großteil der Normen des Gewerbeunterbindungsrechts zwingend die Gewerbeausübung untersagt werden, wenn die Unzuverlässigkeit gegeben ist. Ist den Verwaltungsbehörden ausnahmsweise bei gegebener Unzuverlässigkeit auf der Rechtsfolgeseite ein Ermessen eingeräumt,[49] wird eine Gewerbeunterbindung trotzdem meist auszusprechen sein. Wird nämlich der Unzuverlässigkeitsbegriff richtig konkretisiert, so muß eine umfassende Interessenabwägung bereits bei der Prüfung, ob Unzuverlässigkeit vorliegt oder nicht, erfolgen.[50] Dies folgt schon aus der Zweckausrichtung des Begriffes Unzuverlässigkeit. Für eine Interessenabwägung zur Frage, ob die Rechtsfolge "Gewerbeunterbindung" nun erfolgen soll oder nicht, werden regelmäßig keine Gesichtspunkte verbleiben, die nicht schon bei der Ausfüllung des Unzuverlässigkeitsbegriffes berücksichtigt wurden.[51]

Das Ermessen, ob eine Unterbindungsmaßnahme erfolgen soll oder nicht, wird daher praktisch immer auf Null reduziert sein, mit der Folge, daß eine Untersagung erfolgen muß.

Berücksichtigt man dies, wird deutlich, daß die Bejahung der gewerblichen Unzuverlässigkeit nahezu immer die Unterbindung der Gewerbeausübung zur Folge haben muß.

---

48) siehe oben B I und B II 1

49) wie z.B. nach § 58 GewO, § 78 II Nr. 3 GükG

50) davon geht auch Fuhr, a.a.O., Anm. 2 d (2) zu § 35 aus, da Rechtsgütergefährdung und Erforderlichkeit dem Begriff Unzuverlässigkeit immanent seien und die Behörden durch die Aufzählung der Erforderlichkeit in § 35 GewO noch einmal ausdrücklich darauf hingewiesen werden sollen, daß eine eingehende Interessenabwägung erforderlich ist

51) Anders jedoch bei der Frage, welche von mehreren möglichen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen gewählt wird.

b) Der grundrechtliche Schutz der Gewerbeausübung

Der einzelne ist in unserer Rechtsordnung gegen Eingriffe des Staates vor allem durch die Grundrechte geschützt, die, von der Idee her, Abwehrrechte gegenüber dem Staat sind.[52] Muß aber nun die Gewerbeunterbindung bei Bejahung der Unzuverlässigkeit erfolgen, so muß auch der grundrechtliche Schutz des Gewerbetreibenden bereits bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes "Unzuverlässigkeit" berücksichtigt werden.

Ein Grundrecht auf Gewerbefreiheit findet sich im GG nicht namentlich. Nach ganz h.M.[53] ist die Gewerbefreiheit jedoch Bestandteil der in Art. 12 I GG geschützten Berufsfreiheit. Art. 12 I GG unterscheidet nicht zwischen selbständig und unselbständig ausgeübtem Beruf; das Recht, einen Beruf selbständig auszuüben, unterliegt daher dem Schutz des Art. 12 I GG, soweit die selbständige Tätigkeit ein eigenständiges Gewicht hat.[54]

Die Berufsfreiheit hat für die Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit und die gesamte Lebensgestaltung des einzelnen fundamentale Bedeutung. Eingriffe in diesem Bereich müssen daher in engen Grenzen bleiben,[55] die Freiheit des Bürgers darf nur soweit beschränkt werden, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerläßlich ist.[56] Dies ergibt sich aus dem im Verfassungsrang stehenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der seinerseits aus dem Rechts-

---

52) BVerfGE 7, 198 (204 f)
53) siehe etwa BVerfGE 17, 232 (239), a.A.: Haußleiter, DÖV 52, 496
54) BVerfGE 7, 377 (398 f)
55) BVerfGE 7, 377 (400)
56) BVerfGE 16, 173; 19, 348; dies folgt bereits aus dem Gebot der Rechtsstaatlichkeit in Verbindung mit der Freiheitsvermutung aus Art 2 I GG zugunsten des Bürgers - BVerfGE 55, 159 (165)

staatsprinzip und dem Wesen der Grundrechte als Freiheitsrechte folgt.[57]

Nach dem Wortlaut des Art. 12 GG ist die Berufswahl frei, die Berufsausübung kann der Gesetzgeber regeln. Diese Aufspaltung läßt sich in der Praxis wegen der Wechselwirkung zwischen Berufsausübung und Berufswahl nicht verwirklichen. Das BVerfG hat dementsprechend entschieden, daß die dem Gesetzgeber für die Berufsausübung verliehene Regelungsbefugnis auch die Berufswahl erfassen darf.[58] Die Regelungsbefugnis ist umso schwächer, je mehr sie in die Freiheit der Berufswahl eingreift.[59] Es muß eine sorgfältige Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen erfolgen.

Für die Abwägung nach den vorstehenden Grundsätzen wurde vom BVerfG im sogenannten "Apothekenurteil"[59a] zunächst eine Differenzierung nach Stufen postuliert:[60]

> In die Berufsausübung darf eingegriffen werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies als zweckmäßig erscheinen lassen.[61]
>
> In die Berufswahl darf eingegriffen werden, soweit es der Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zwingend erfordert.[62]

---

57) BVerfGE 19, 342 (348 f); das Verhältnismäßigkeitsprinzip bestimmt die Eingriffsmöglichkeiten in die Berufsfreiheit ganz maßgeblich - BVerfGE 25, 1 (12); 46, 120 (138); 55, 185 (196)
58) BVerfGE 7, 377 (401 f)
59) BVerfGE 7, 377 (403)
59a) BVerfGE 7, 377 ff
60) BVerfGE 7, 377 (405)
61) BVerfGE 7, 377 (405)
62) BVerfGE 7, 377 (405)

Der Gesetzgeber darf erst dann in die Freiheit der Berufswahl eingreifen, wenn damit zu rechnen ist, daß die befürchteten Gefahren für das Gemeinwohl nicht mit Berufsausübungsregelungen beseitigt werden können.[63)]

Diese im sogenannten "Apothekenurteil" entwickelte Stufentheorie des BVerfG ist jedoch nur eine grobe Faustregel,[64)] die der Verfeinerung bedarf. Die neuere Rechtsprechung[64a)] prüft die verfassungsmäßige Zulässigkeit von Eingriffen in die Berufsfreiheit in ständiger Rechtsprechung nach den im "Apothekenurteil" entwickelten Grundsätzen, wobei die Einordnung in Stufen gegenüber einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung etwas zurückgetreten ist.

Die vom BVerfG im Hinblick auf die gesetzgeberische Regelungsbefugnis entwickelten Grundsätze, die sich als strikte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes darstellen,[64b)] gelten entsprechend auch für die Verwaltungsbehörden, wenn sie durch Verwaltungsakte in die Berufsfreiheit des Bürgers eingreifen.

c) Das verfassungsrechtliche Differenzierungsgebot bei den verschiedenen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen

Da der grundrechtliche Schutz verschieden ist, je nachdem, ob es sich um Berufsausübungsregelungen oder um Zulassungsschranken handelt und auch innerhalb dieser Bereiche noch differenziert werden muß,[65)]

---

63) Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O., RdNr. 1 zu Art 12; BVerfGE 7, 377 (408)
64) Lerche, BayVBl 58, 231 ff (232)
64a) BVerfGE 55, 185 (196); 46; 120 (138)
64b) BVerfGE 46, 120 (138)
65) BVerfGE 11, 30 (42)

wird im folgenden versucht, typische Gewerbeunterbindungsmaßnahmen infolge Unzuverlässigkeit in diese Gruppen einzuordnen.

Hierbei ist davon auszugehen, daß eine Berufsausübungsregelung dann vorliegt, wenn die Berufstätigkeit nur am Rande berührt wird.[66)]

Eine Gewerbeunterbindungsmaßnahme wird die Berufstätigkeit des Gewerbetreibenden regelmäßig mehr als nur am Rande berühren, es liegt dann eine Einschränkung der Berufswahl vor (subjektive Zulassungsschranke).[67)] Eine solche Maßnahme muß somit zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter erforderlich sein.

Es sind jedoch auch Fälle denkbar, bei denen sich die Gewerbeunterbindungsmaßnahme nur als Berufsausübungsregelung darstellt.[68)]

So etwa dann, wenn die selbständige Gewerbeausübung für den Gewerbetreibenden nur geringe Bedeutung besitzt, weil er den gleichen Beruf bei ähnlichen Konditionen auch als Angestellter ausüben kann. Dies könnte z.B. der Fall sein, wenn einem selbständigen Handelsvertreter die Gewerbeausübung untersagt wird, er aber die gleiche Tätigkeit auch als angestellter Vertreter ausüben kann. Gleiches kann gelten, wenn dem Gewerbetreibenden nur eine bestimmte Vertriebsform, etwa der Direktverkauf im Wege des Abzahlungskaufes verboten wird und er ohne große Mühe mit anderen Vertriebsformen arbeiten kann.[69)]

---

66) Maunz in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., RdNr. 38 zu Art. 12

67) so auch Fuhr, a.a.O., Nr. 3 a zu § 35

68) Marcks, a.a.O., RdNr 17 zu § 35, sieht in Gewerbeteiluntersagungen generell Berufsausübungsregelungen

69) denkbar z.B., wenn der Gewerbetreibende grundsätzlich keine Widerrufsbelehrung nach § 1 b AbzG erteilt

Genügt nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine teilweise Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO, kann öfters nur der Rand der Berufstätigkeit betroffen sein. So etwa, wenn einem Gewerbetreibenden die Lehrlingsausbildung untersagt wird, wenn diese keine besondere Bedeutung für ihn hatte.

Insoweit genügen für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls, wobei die Maßnahme aber immer erforderlich sein muß.

III. Die Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes

1. Die Prognose zukünftiger Gefährdung anhand vorliegender Tatsachen

Mit Gewerbeunterbindungsmaßnahmen sollen zukünftige Gefährdungen verhindert werden.[70] Dieses Ziel muß bei der Anwendung des die Rechtsfolge regelmäßig allein auslösenden[70a] Tatbestandsmerkmals "Unzuverlässigkeit" auf konkrete Sachverhalte berücksichtigt werden.

a) Da niemand weiß, wie sich der betreffende Gewerbetreibende zukünftig verhalten wird, muß dieses Verhalten prognostiziert werden.[71] Diese Prognose muß die allgemeinen und speziellen menschlichen Erfahrungssätze und die Gesetze der Logik und der Vorhersehbarkeit berücksichtigen.

b) Grundlage dieser Prognose können nur Tatsachen, nicht aber Vermutungen sein.[72] Die Tatsachen müssen der Erfahrung nach auf Eigenschaften und zukünftiges Verhalten des Gewerbetreibenden und die daraus resultierenden Gefährdungen schließen lassen. Es können grundsätzlich auch Tatsachen berücksichtigt werden, die weiter zurückliegen,[73] sofern sie einen wenigstens mittelbaren Bezug zum Gewerbe des Betreffenden haben.[74] Ein besonderes Gewicht der Tatsachen ist nicht erforderlich, da auch weniger gewichtige Tatsachen in der Häufung erheblich sein können.[75] Die Tatsachen dürfen aber nicht völlig unerheblich sein.[76]

---

70) Fuhr, a.a.O., Nr. 3 a zu § 35
70a) siehe oben B II 3 a und B II 1
71) Kienzle, a.a.O., S. 16
72) WVMBl 1, 1975, Nr. 3.1.2.
73) Badura, a.a.O., S. 316
74) Kienzle, a.a.O., S. 15
75) Kienzle, a.a.O., S. 11
76) Kienzle, a.a.O., S. 11

Als Tatsachen in diesem Sinne kommen vor allem Verstöße gegen die in zwingenden Bestimmungen normierten Interessen der Allgemeinheit in Frage.[76a)] Ausnahmsweise können auch andere Verstöße gegen evidente Interessen der Allgemeinheit in Betracht kommen.[77)]

c) Es muß aus den vorliegenden Tatsachen auf eine Gefährdung von Interessen der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten geschlossen werden können.[77a)] Die gegebenen Verstöße müssen erwarten lassen, daß auch in Zukunft die Interessen der Allgemeinheit schützende Normen nicht beachtet werden. Die Gefährdung von Interessen einzelner genügt nicht.[78)]

Es braucht sich um keine konkrete Gefahr zu handeln, eine abstrakte genügt.[79)] Ist nun eine derartige Gefahr festgestellt, muß sie ins Verhältnis zum Interesse des Gewerbetreibenden an der Ausübung seines Gewerbes, aber auch zum Interesse der Allgemeinheit an der Weiterausübung[79a)] gebracht werden. Es muß eine eingehende Interessenabwägung stattfinden.[80)] Ergibt diese Abwägung, daß die weitere Gewerbeausübung für die Allgemeinheit bzw. die im Betrieb Beschäftigten nicht hinnehmbar ist, muß eine Gewerbeunterbindungsmaßnahme erfolgen.

76a) Straf- und Ordnungswidrigkeitentatbestände, sozialversicherungsrechtliche Pflichten, steuerliche Pflichten, Vorschriften über erforderliche Vorbildung etc; siehe etwa Marcks, a.a.O., RdNr. 35 - 62 zu § 35

77) So z.B. die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, wenn in dem Betrieb fremdes Vermögen verwaltet werden soll - siehe Urteil des BVerwG vom 27.04.1971 in GewA 72, 150.

77a) Marcks, a.a.O., RdNr 74 zu § 35

78) Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 8

79) Fuhr, a.a.O., Nr. 2 d (2) zu § 35

79a) z.B. an der Erhaltung von Arbeitsplätzen

80) Marcks, a.a.O., RdNr 77 zu § 35

7. Die verschiedenen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen

Bei den Erlaubnisnormen des Gewerbeunterbindungsrechts erscheint die Versagung bzw. Rücknahme der Erlaubnis als einzig mögliche[81] Rechtsfolge der Unzuverlässigkeit. Anders insoweit § 35 GewO, der außer der vollständigen auch die teilweise Gewerbeuntersagung, aber auch die Untersagung mehrerer Gewerbe oder einer Gewerbeausübung überhaupt als mögliche Rechtsfolge vorsieht. Nach § 35 II GewO kann dem unzuverlässigen Gewerbetreibenden auch die Fortführung des Gewerbes durch einen Stellvertreter gestattet werden, wenn dieser die Gewähr für eine ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes bietet.
§ 35 GewO ist daher insgesamt sehr flexibel, es ist eine vielstufige Differenzierung der jeweils konkret erforderlichen Maßnahmen möglich. Die teilweise Gewerbeuntersagung ist in sich noch einmal flexibel, da mit ihr dem Gewerbetreibenden exakt die Maßnahmen und Verhaltensformen untersagt werden können, mit denen er die Allgemeinheit gefährdet.
Wegen der subsidiären Geltung[82] von § 35 GewO für Gewerbe, in denen besondere Untersagungs- oder Erlaubnisrücknahmevorschriften bestehen, wäre es allerdings denkbar, alle nach § 35 GewO möglichen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen auch auf die speziell geregelten Gewerbe anzuwenden. Dieser entsprechenden Anwendung sind jedoch schon natürliche Grenzen gesetzt, da die Erlaubnis, ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, regelmäßig nicht teilbar sein wird. Darüber hinaus sind in den erlaubnispflichtigen Gewerben regelmäßig auch nachträgliche Auflagen möglich,[83] die den Bereich der teilweisen Gewerbeuntersagung in etwa abdecken können. Die über die Untersagung eines Gewerbes hinausgehenden Maßnahmen[84] müssen aus Gründen des Normzweckes

81) wenn auch nicht notwendig zwingende Rechtsfolge
82) sie folgt aus § 35 VIII GewO
83) so z.B. nach §§ 34 b, c GewO
84) Untersagung mehrerer Gewerbe und einer Gewerbeausübung überhaupt

sowie aus Rechtsschutzgründen auch dann möglich sein, wenn der Gewerbetreibende nur ein Gewerbe betreibt, für das Spezialnormen bestehen.[85]

Maßnahmen, wie z.B. nach § 35 II GewO, müssen nach h.M.[86] auch dann möglich sein, wenn für das betreffende Gewerbe spezielle Unterbindungsnormen vorhanden sind. Dies folgt auch aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch wird man der zur Erteilung oder Rücknahme einer Erlaubnis befugten Behörde nicht verwehren können, mildere Maßnahmen als die gesetzlich einzig vorgesehene Versagung oder Rücknahme zu ergreifen, wenn dies durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten ist.[87]

Insgesamt wird man daher feststellen können, daß auch dann, wenn Versagung oder Rücknahme einer Erlaubnis als einzig mögliche Rechtsfolge erscheinen, über allgemeine Grundsätze und die subsidiäre Anwendbarkeit des § 35 GewO durchaus auch verschiedene Maßnahmen (schwächer und stärker eingreifende) getroffen werden können.

Es muß diejenige Maßnahme ergriffen werden, die erfolgversprechend die Gefährdung unterbindet und andererseits den Gewerbetreibenden am wenigsten belastet. Sie darf nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Erfolg sein.

---

85) Ansonsten wäre eine nicht zu rechtfertigende Besserstellung der für mehrere oder alle Gewerbe unzuverlässig erscheinenden Gewerbetreibenden in erlaubnispflichtigen Gewerben gegeben.

86) siehe etwa Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 31; a.A. Fuhr, a.a.O., Nr. 1 b der sich aber über die amtliche Begründung in der Bundestagsdrucksache 3/318 Seite 19 hinwegsetzt.

87) So geht auch das VG München, Urteil vom 15.12.1961, in GewA 63, 7 davon aus, daß neben speziell geregelten Unterbindungsmaßnahmen zusätzlich Maßnahmen nach § 35 GewO erfolgen können.

1. Der Gewerbetreibende als Ziel der Unterbindungsmaßnahme

a) Voraussetzung einer Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO ist, daß ein Gewerbe tatsächlich begonnen und nicht für dauernd eingestellt worden ist.[88] Eine Einstellung des Gewerbes, nur um die Untersagung zu umgehen, ist unbeachtlich.[89] In Gewerben mit Erlaubnispflicht kann auch derjenige, der ein Gewerbe überhaupt erst aufnehmen will, Ziel einer Gewerbeunterbindungsmaßnahme (Versagung) sein.

b) Die Untersagung ist immer gegen den Gewerbetreibenden zu richten, nie gegen einen Stellvertreter oder Arbeitnehmer und zwar auch dann, wenn wegen der Unzuverlässigkeit von Personen, die mit der Leitung des Betriebes beauftragt sind oder wegen der Beschäftigung bestimmter Arbeitnehmer, untersagt wird.[90] Ist der Gewerbetreibende juristische Person, so ist die Untersagung gegen sie zu richten.[91] Dies gilt auch für alle die Fälle, in denen eine Untersagung deshalb ausgesprochen wird, weil unzuverlässigen Personen wesentlicher Einfluß auf die Geschäftsführung zukommt.[92]

---

88) Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 1 zu § 35; Marcks, a.a.O., RdNr. 23 - 26 zu § 35; das BVerwG sieht auch das unmittelbare Bevorstehen der Gewerbeausübung für § 35 als ausreichend an (BVerwG vom 21.07.1964 in GewA 65, 7)

89) jedenfalls dann, wenn erst während des Untersagungsverfahrens eingestellt wird - Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 1 zu § 35

90) Marcks, a.a.O., RdNr. 91 zu § 35

91) Marcks, a.a.O., RdNr. 91 zu § 35

92) Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 6 zu § 35

IV. Die Konkretisierung des Begriffs

1. Definitionen und Umschreibungen

In ständiger Rechtsprechung[93] und von einem Großteil[94] der Lehre wird die Unzuverlässigkeit folgendermaßen umschrieben:

> "Unzuverlässig ist, wer nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Gewerbeausübung bietet."

Aus dieser Definition wird zwar deutlich, daß der Unzuverlässigkeitsbegriff auf zukünftiges Verhalten abstellt, ansonsten ist sie jedoch wenig aussagekräftig, da unter "ordnungsgemäßer Gewerbeausübung" durchaus nicht immer das gleiche verstanden werden muß. So versteht etwa Kienzle[95] eine Gewerbeausübung dann als ordnungsgemäß, wenn sie im Einklang mit dem geltenden Recht und den guten Sitten steht. Janssen[96] sieht eine Gewerbeausübung als ordnungsgemäß an, wenn sie nicht in erheblichem Umfang gegen Rechtsnormen einschließlich des Gewohnheitsrechts oder gültige behördliche Anordnungen verstößt oder nicht in die Allgemeinheit berührender Weise die aus dem Gewerbebetrieb fließenden zivilrechtlichen Verpflichtungen verletzt.

Nach beiden Umschreibungen ist der zu erwartende Verstoß gegen zwingendes Recht als Hauptgrund für die Unzuverlässigkeit anzusehen. Das BVerwG[97] geht davon

---

93) BVerwG vom 29.04.1958 in DÖV 58, 548
94) siehe etwa Badura, a.a.O., S. 315 ff oder Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr. 5 zu § 35
95) a.a.O., S. 11
96) in Bäck/Hoffmann/Janssen/Vollmer, Gewerbeordnung, S. 296
97) Urteil vom 31.01.1964 in GewA 65,36

aus, daß es bei Würdigung der Gesamtpersönlichkeit entscheidend sei, ob ein allgemeiner Hang zur Mißachtung von Rechtsvorschriften vorliegt. Im wesentlichen befinden sich Rechtsprechung und Lehre bei der Umschreibung der Unzuverlässigkeit auf gleicher Linie, so daß es nicht lohnt, die verschiedenen Umschreibungen alle aufzuführen.[98)] Kernstück ist immer der Verstoß gegen zwingendes Recht, daneben kann ausnahmsweise auch ein Verstoß gegen andere Interessen der Allgemeinheit[98a)] genügen.

2. Verwertbare Tatsachen

An der kasuistischen Aufzählung von Tatsachen, bei deren Vorliegen die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gegeben sein soll, läßt sich konkret erkennen, welchen Inhalt der Aufzählende dem Unzuverlässigkeitsbegriff gibt.

Ist bei den Umschreibungen und Definitionen regelmäßig noch allgemein vom Verstoß gegen Rechtsnormen die Rede, werden bei der Tatsachenaufzählung Verstöße gegen zivilrechtliche Normen kaum einmal genannt. Zum Teil werden sie, jedenfalls indirekt, aus dem Kreis der für die Prüfung der Unzuverlässigkeit verwertbaren Tatsachen ausgeschlossen.

Weitgehend einheitlich sind in diesen Aufzählungen folgende Tatsachen als verwertbar bezeichnet: Erfüllung von Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbeständen, Verletzung sozialversicherungsrechtlicher und steuer-

---

98) weitere Umschreibungen etwa bei Badura, a.a.O., S. 316 oder OVG Münster vom 20.04.1955 in GewA 56, 123 oder BVerwG in BVerwGE 36, 288 ff und BVerwGE 39, 247 (250)

98a) bzw. der im Betrieb Beschäftigten

licher Pflichten; unter Umständen das Fehlen von Fachkenntnissen, die fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, der mangelnde Leistungswille.[99)]

Die nachfolgende Darstellung des Meinungsstandes bezüglich der verwertbaren Tatsachen beschränkt sich auf Aussagen zur Verwertbarkeit der hier allein interessierenden Verstöße gegen zivilrechtliche Normen.

a) In der bayerischen Verwaltungsvorschrift[100)] zur Ausführung des § 35 GewO ist ein Verstoß gegen zivilrechtliche Normen bei der Aufzählung der verwertbaren Tatsachen nicht ausdrücklich aufgeführt. Zu der Verletzung zivilrechtlicher Pflichten wird ausgeführt, daß diese nur dann relevant seien, wenn gleichzeitig im Interesse der Allgemeinheit stehende Bestimmungen (z.B. Strafvorschriften oder Ordnungswidrigkeiten) verletzt werden. Zweifelhaft ist, ob davon ausgegangen werden kann, daß der Begriff "zivilrechtliche Verpflichtungen" auch die zwingenden zivilrechtlichen Normen umfaßt oder ob damit nur vertragliche Verpflichtungen gemeint sind. Jedenfalls ist der alleinige Verstoß gegen zivilrechtliche Normen nach dieser Verwaltungsvorschrift für die Feststellung der Unzuverlässigkeit nicht verwertbar. Die Verwertbarkeit ist entweder ausdrücklich[100a)] oder jedenfalls durch Ausklammerung aus dem Katalog der verwertbaren Tatsachen ausgeschlossen.

b) Im Gesetzgebungsverfahren zum 4. Änderungsgesetz zur GewO (mit diesem Gesetz wurde § 35 GewO im

---

99) vgl. etwa den Katalog bei Fuhr, a.a.O., Nr 3 d zu § 35

100) WVMBl 75 Nr 1

100a) nämlich dann, wenn mit "zivilrechtlichen Verpflichtungen" auch die zivilrechtlichen Normen gemeint sind

wesentlichen in die heutige Fassung gebracht) wurde durch den Rechtsausschuß des Bundestages die Ansicht vertreten, daß im Fall der Gefährdung des Eigentums oder Vermögens anderer nur dann von der Gewerbeuntersagung Gebrauch gemacht werden sollte, wenn es sich um strafrechtlich relevantes Verhalten handle.[101] Da die vermögensmäßige Rechtsstellung des Bürgers zum großen Teil durch zivilrechtliche Normen bestimmt wird, bedeutet dies, daß auch nach dieser Ansicht Verstöße gegen zivilrechtliche Normen allein nicht relevant sind.

c) An diese Ansicht des Rechtsausschusses des Bundestages lehnt sich die Kommentierung von Sieg-Leifermann an, die bei Gefährdung des Eigentums oder Vermögens anderer eine Untersagung nur dann als erforderlich ansieht, wenn es sich um kriminell strafbares Verhalten handelt.[102]

d) Im Kommentar von Landmann/Rohmer vertritt der Bearbeiter Marcks die Auffassung, daß Verstöße gegen zivil- oder wettbewerbsrechtliche Verpflichtungen nur dann als Untersagungsgrund in Frage kommen, wenn sie gleichzeitig eine Straftat oder eine Ordnungswidrigkeit darstellen.[103]

e) In der detaillierten Aufzählung im Kommentar von Fuhr ist der Verstoß gegen zivilrechtliche Normen nicht erwähnt.[104]

f) Janssen[105] sieht grundsätzlich alle die Tatsachen als verwertbar an, aus denen sich ergebe, daß Belange der Allgemeinheit berührt sind. Ob dies der

---

101) Bundestagsdrucksache 3/1304, S. 4
102) a.a.O., Nr 9 zu § 35
103) Marcks, a.a.O., RdNr 62 zu § 35
104) a.a.O., Nr 3 d zu § 35
105) in Bäck/Hoffmann/Janssen/Volmer, a.a.O., S. 296

Fall sei, entscheide sich z.B. im Wettbewerbsrecht danach, ob sich durch eine Strafbewehrung ein besonderes Gemeinschaftsinteresse manifestiert habe. Der Verstoß gegen zivilrechtliche Normen könne dann, wenn er gegenüber einer Vielzahl von Personen erfolge, auch Belange der Allgemeinheit berühren.

Grundsätzlich will Janssen aber wohl die Verstöße gegen zivilrechtliche Normen nicht berücksichtigt wissen, weil diese "nur die Geltendmachung privater Interessen ermöglichen", nicht aber öffentliche Belange schützen.

g) Etwa gleich argumentiert der Kommentar von Fröhler/Kormann.[106] Schutzzweck des § 35 GewO sei nicht die Durchsetzung vertraglicher Pflichten. Ähnliches gelte für wettbewerbsrechtliche Verstöße. Allenfalls der beharrliche Verstoß oder besonders gravierende Umstände könnten auf einen Charaktermangel hinweisen, insbesondere aber eine Betrugs- oder Schädigungsabsicht beweisen und damit Unzuverlässigkeit darstellen.

Hier wird nicht völlig deutlich, ob der zivilrechtliche Verstoß als solcher berücksichtigt werden soll oder ob er nur im Zusammenhang mit der daraus sich ergebenden Strafbarkeit als relevant angesehen wird.

h) Für Kienzle[107] ist der Verstoß gegen zivilrechtliche Pflichten dann relevant, wenn gleichzeitig öffentlich-rechtliche Vorschriften verletzt werden

---

106) Kommentar zur Gewerbeordnung, RdNr 26 ff zu § 35
107) a.a.O., S. 11

oder wenn sich der Gewerbetreibende in Ausnutzung seiner besonderen Möglichkeiten der Unterhaltspflicht entzieht. Außerdem seien die Verstöße gegen die Interessen größerer Gruppen[108] und Verstöße gegen die guten Sitten zu berücksichtigen.[109]

i) Nach Hellwig[110] muß die Gefährdung privater Interessen einen bestimmten Umfang erreicht haben, um in den Bereich der Gefährdung öffentlichen Interesses einzutreten. Die Abwehrfähigkeit der Betroffenen müsse berücksichtigt werden. Bei Vermögensgefährdungen steige das öffentliche Interesse mit deren Umfang. Im übrigen sei das Leben so kompliziert, das Angebot an gewerblichen Leistungen so vielgestaltig, daß der einzelne nicht zwischen Gut und Böse unterscheiden könne. In gewissem Umfang sei daher ein staatlicher Schutz des gutgläubigen Vertrauens unerläßlich. Bei Wettbewerbsverstößen seien zivilrechtliche Sanktionen vorrangig.

j) Zusammenfassung:

Die überwiegende Meinung hält Verstöße gegen zivilrechtliche Normen nicht für Tatsachen, die bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden berücksichtigt werden können.

Soweit die Verletzung zivilrechtlicher Verpflichtungen angesprochen wird, hat man wohl vornehmlich die Nichteinhaltung vertraglicher Verpflichtungen ("fehlender Leistungswille") im Auge. Die diesbe-

---

108) als Beispiel wird die Nichtentrichtung von Beiträgen an eine, aufgrund allgemeinverbindlichen Tarifvertrages errichtete Zusatzversorgungskasse genannt
109) in GewA 68, 145 (146)
110) a.a.O., S. 41, 43 f

züglichen Äußerungen können daher nicht ohne weiteres auf zwingendes Zivilrecht übertragen werden, denn der fehlende Leistungswille stellt einen weitgehend anerkannten Untersagungsgrund dar.

Eine eindeutige und grundsätzliche Bejahung der Verwertbarkeit zivilrechtlicher Normverstöße findet sich nicht. Allerdings gehen die Ansichten von Hellwig und Kienzle in diese Richtung.

3. Praxis und Rechtsprechung

In erster Linie wird die Unzuverlässigkeit dann angenommen,[110a)] wenn der Gewerbetreibende den Sozialversicherungsträgern oder dem Finanzamt Geld schuldet.[111)] Auch bei strafrechtlich relevanten Verfehlungen wird die Unzuverlässigkeit häufig bejaht.[112)] Gelegentlich finden sich auch Untersagungen wegen Unzuverlässigkeit bei fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit[113)] oder auch bei fehlendem Leistungswillen.[114)]

Manchmal wird die Unzuverlässigkeit bejaht, wenn die Gesundheit der Kunden gefährdet wird.[115)] Daß die Bejahung der Unzuverlässigkeit lediglich auf den Verstoß gegen Ordnungswidrigkeitstatbestände gestützt wurde, ist jedenfalls nicht publik.

110a) eine Rechtsprechungsübersicht gibt Metzner in Vierteljahresbeilage zum GewA, Nr 1/81, S. 43 ff
111) Schüler, a.a.O., S. 131
112) Kienzle, a.a.O., S. 16
113) BVerwGE 22, 16 (24)
114) OVG Lüneburg vom 30.11.1971 in GewA 72, 120 f
115) VG Hamburg vom 24.04.1973 in GewA 73, 290, BVerwG vom 24.10.1969 in GewA 70, 10

In wenigen Fällen sind auch Gewerbeuntersagungen wegen Verstoßes gegen zivilrechtliche Normen bekannt geworden.

In einem Fall[116] wurde untersagt, weil der Gewerbetreibende durch Täuschungshandlungen Beitrittserkärungen zu einem Lesering erlangt hatte. Über eine Strafbarkeit dieser Handlungen wurden keine Feststellungen getroffen, man ließ allein den Verstoß gegen die wettbewerbsrechtlichen (zivilrechtlichen) Vorschriften genügen.

In einem anderen Fall[117] wurde einem Gewerbetreibenden die Führung eines Altersheimes untersagt, weil er die Insassen durch Eintreiben von ungerechtfertigten Forderungen sittenwidrig geschädigt hatte. Das ganze hatte sich vor Inkrafttreten des neuen HeimG abgespielt, so daß damals lediglich die Generalklausel des § 138 BGB einschlägig war, deren Verletzung jedoch als ausreichend angesehen wurde.

---

116) HessVGH vom 19.01.1972 in GewA 72, 123
117) VG Berlin vom 15.11.1967 in GewA 70, 63 f

V. Kritik der Handhabung

1. Allgemeine Unzulänglichkeiten

a) Durch das Änderungsgesetz zur GewO vom 13.02.1974 wurde § 35 GewO dahingehend geändert, daß nun nicht mehr die konkrete Gefährdung[117a)] abschließend aufgezählter zentraler Rechtsgüter[118)] die Unzuverlässigkeit ausmachen sollte, sondern die abstrakte Gefährdung von Interessen der Allgemeinheit bzw. der im Betrieb Beschäftigten ausreichend ist.[119)]

Es hatte sich gezeigt, daß mit der alten Fassung der angestrebte Schutz vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden nicht in dem erhofften und erforderlichen Maße verwirklicht werden konnte.[120)] Das Erfordernis der konkreten Gefahr bewirkte, daß eine Gewerbeuntersagung, selbst wenn der Gewerbetreibende mehrfach vorbestraft war, meist erst dann ausgesprochen werden konnte, wenn er sich beim Betrieb des gerade ausgeübten Gewerbes als unzuverlässig erwiesen hatte und ein Schaden bereits eingetreten war.[121)]

Ob dieses Änderungsgesetz zur GewO vom 13.02.1974 seinen Zweck erfüllt hat und zu dem verbesserten und gewünschten Schutz vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden geführt hat, ist zweifelhaft.

117a) wie sie von der Rechtsprechung (siehe etwa VGH Mannheim, Urteil vom 04.03.1965, abgedruckt in GewA 65, 156) zur alten Fassung des § 35 GewO gefordert wurde

118) Leben, Gesundheit, Freiheit, Sittlichkeit, Eigentum und Vermögen anderer

119) Sieg-Leifermann, a.a.O., Nr 9 zu 35

120) wie 119

121) Bundestagsdrucksache 7/111, S. 5

Die Gesamtzahl[122] der Verwaltungsentscheidungen, die nach § 149 II Nr. 1 GewO[123] in das Gewerbezentralregister in den Jahren 1976, 1977 und 1978 eingetragen wurde, beträgt 6286, wozu noch 118 Verzichte auf Zulassungen und Erlaubnisse kommen, die nach § 149 II Nr 2 GewO einzutragen sind.

Die Zahl von insgesamt 6404 durch Gewerbeunterbindung beendeten Verfahren in drei Jahren im gesamten Bundesgebiet erscheint schon als solche nicht hoch. Im Hinblick auf Gewerbeunterbindungsmaßnahmen wegen Unzuverlässigkeit muß jedoch noch zusätzlich bedacht werden, daß in dieser Zahl auch alle die Maßnahmen erfaßt sind, die gar nicht wegen Unzuverlässigkeit ergriffen wurden. So dürften etwa im stark vertretenen Bereich Gastronomie auch die räumlichen Voraussetzungen nach § 4 Nr 2, 3 Gaststättengesetz einen erheblichen Anteil der eingetragenen Entscheidungen ausmachen. Aber auch bei einer beachtlichen Zahl anderer Gewerbezweige dürften die eingetragenen Entscheidungen zum Teil Untersagungsgründe außerhalb der Unzuverlässigkeit, wie etwa die Nichterfüllung zwingender Vorbildungsvorschriften betreffen.

In den Zahlen auch enthalten sind die gewiß nicht seltenen Fälle, in denen die Gewerbeunterbindung dem nahen finanziellen Ende eines Gewerbebetriebs nur knapp zuvorkommt. In solchen Fällen werden häufig Sozialabgaben und Steuern nicht mehr bezahlt, was relativ schnell zum Einschreiten der Verwaltungsbehörden führt.

---

122) Übersicht über die Eintragungen im Gewerbezentralregister (Teilregister für natürliche Personen) in den Jahren 1976, 1977 und 1978, in Beilage Nr 36 zum Bundesanzeiger 1979 vom 31.10.1979

123) Ablehnung von Zulassungsanträgen, Rücknahme und Widerruf von Zulassungen, Untersagungen, Ablehnung/Entziehung des Sprengstoffbefähigungsscheines, Entzug der Befugnis zur Ausbildung, Verbot der Beschäftigung von Kinder und Jugendlichen

Deutlicher noch als aus den Gesamtzahlen wird die Zurückhaltung der Verwaltungsbehörden bei den Zahlen der Problembranche Reisegewerbe. Hier wurden in drei Jahren (1975, 1976, 1977) nur 387 Gewerbeunterbindungsmaßnahmen getroffen.[124)]

b) Typischerweise werden Maßnahmen wegen Unzuverlässigkeit nur dann ergriffen, wenn an der Unzuverlässigkeit auch der letzte Zweifler nicht mehr vorbei kann. Dies kann schon daraus ersehen werden, daß die Entscheidungen der Verwaltungsbehörde jedenfalls aus materiellen Gründen kaum von den Verwaltungsgerichten aufgehoben werden.[125)]

Die Verletzung steuerlicher und sozialversicherungsrechtlicher Pflichten geht häufig einher mit einer allgemeinen wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit.[126)]

Wirtschaftlich gesehen sind die meisten Fälle, in denen Gewerbeuntersagungen durchgeführt werden, Bagatellfälle.[127)]

c) Diese allgemeine Scheu vor Gewerbeuntersagungen, verbunden mit der Neigung, nur in ganz eindeutigen und von der wirtschaftlichen Bedeutung her minimalen Fällen zu untersagen, hat ihre Ursache wohl in der Furcht der Verwaltung vor Amtshaftungsprozessen und den, aus aufgehobenen Untersagungsverfügungen folgenden Schadenersatzansprüchen.[128)]

Hier könnte aber möglicherweise die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Amtshaftung zu einem Umdenken führen. Nunmehr sollen nämlich in bestimm-

---

124) wie 122)
125) siehe etwa die Rechtsprechungsübersicht bei Metzner, a.a.O., S. 44 ff
126) z.B. die in GewA 79, 37; 79, 17; 78, 60 abgedruckten Fälle
127) Schüler, a.a.O., S. 131
128) auch v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 231, sieht die Furcht vor Amtshaftungsansprüchen als Ursache der Zurückhaltung bei Gewerbeuntersagungsverfahren

ten Fällen auch bei Verletzung der staatlichen Wirtschaftsaufsichtspflicht durch Unterlassungen dem dadurch geschädigten Bürger Schadenersatzansprüche aus Amtspflichtverletzung zustehen.[129)]

d) Eine weitere Ursache der zögernden Handhabung der Gewerbeunterbindungsvorschriften dürfte die fehlende Information der Verwaltungsbehörden über Tatsachen, aus denen sich die Unzuverlässigkeit ergeben könnte, sein. Zu umfangreicher Informationsaufnahme sind sie meist schon aus Personalgründen nicht in der Lage.[130)]

2. Nichtbeachtung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen

Der Verstoß gegen zivilrechtliche Normen wird von den Verwaltungsbehörden kaum beachtet. Ausnahmen sind sehr selten, so etwa die oben unter 116) und 117) angemerkten Fälle. In Bayern geschieht dies wohl auch in Folge der zu § 35 GewO ergangenen Verwaltungsvorschrift,[131)] die eine Berücksichtigung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen für nicht möglich hält.

3. Folgen dieser Handhabung

a) Im allgemeinen Bereich

Gewerbeunterbindungsmaßnahmen erfolgen regelmäßig erst, wenn bereits ein Schaden eingetreten ist,

---

129) BGH, Urteil vom 15.02.1979 in NJW 79, 1354
BGH, Urteil vom 12.07.1979 in NJW 79, 1879

130) Schricker, GRUR Int 73, 694 (698), (allgemein zur staatlichen Wirtschaftsaufsicht)

131) WVMBl 75 Nr 1 (weitgehend übereinstimmend auch die einschlägigen Verwaltungsvorschriften der meisten anderen Bundesländer, da aufgrund eines gemeinsam erarbeiteten Musterentwurfes erlassen - Marcks, a.a.O., RdNr 6 zu § 35)

weil man sich bei lediglich abstrakter Gefährdung vor derartigen Maßnahmen scheut.[132)]

Auch soweit lediglich gegen Ordnungswidrigkeitstatbestände verstoßen wird, scheinen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen kaum getroffen zu werden, vor allem dann nicht, wenn der Verstoß noch nicht rechtskräftig geahndet wurde.[133)] Dies gilt entsprechend auch bei der Verwirklichung von Straftatbeständen. Eine Ahndung scheitert in beiden Fällen aber häufig schon wegen fehlender Information der Verfolgungsbehörden.[134)] Darüber hinaus setzt die Ahndung auch den Nachweis des subjektiven Tatbestandes voraus, der aber oft wegen Beweisschwierigkeiten nicht erfolgen kann.[135)]

Das Risiko[135a)] eines Gewerbetreibenden, Gewerbeunterbindungsmaßnahmen ausgesetzt zu sein, ist daher selbst dann gering, wenn er gegen Straf- und Ordnungswidrigskeitstatbestände verstößt, weil derartige Verstöße den Verwaltungsbehörden häufig schon gar nicht bekannt werden und vor rechtskräftiger Ahndung regelmäßig auch nicht als verwertbar angesehen werden. Da eine erhebliche Verzögerung der rechtskräftigen Ahndung durch volle Rechtsmittelausschöpfung möglich ist, werden Gewerbeunterbindungsmaßnahmen oft spät durchgeführt. Die Gewerbeunterbindung wegen

---

132) bei den rund 40 im GewA im Zeitraum 1975 - 1979 veröffentlichten Entscheidungen zu Gewerbeunterbindungsmaßnahmen und den durch das Amt für öffentliche Ordnung Kempten im gleichen Zeitraum durchgeführten acht Verfahren war zum Zeitpunkt der Untersagung in höchstens fünf - sechs Fällen noch kein Schaden eingetreten (eigene Ermittlung)

133) bei den nach [132)] untersuchten Verfahren war keine einzige Untersagung, die lediglich auf die Verwirklichung der objektiven Tatbestände von Straf- oder Ordnungswidrigkeitstatbeständen abgestellt hätte

134) siehe etwa Schricker, GRUR Int. 73, 694 (698), der auch aus diesem Grund eine Bedeutung der wettbewerbsrechtlichen Straftatbestände verneint

135) so auch Kerl, WRP 78, 342

135a) nach v. Falckenstein, WRP 78, 502 (509) wird der kriminelle Wettbewerb als fast risikoloses Geschäft betrachtet

Unzuverlässigkeit dürfte ihrer Präventivaufgaben schon aus diesen Gründen nicht voll gerecht werden. Dies zeigt sich letztlich auch daran, daß im Bereich der Straftatbestände des UWG,[136] aber auch im Bereich der Ordnungswidrigkeitstatbestände des GWB[137] nach einer verbesserten Rechtsdurchsetzung gerufen wird.

b) Im zivilrechtlichen Bereich

Da hier Gewerbeunterbindungsmaßnahmen wegen Unzuverlässigkeit so gut wie überhaupt nicht erfolgen, ist der Verstoß in gewerberechtlicher Hinsicht absolut risikolos. Dies selbst dann, wenn der Gewerbetreibende hartnäckig und notorisch gegen derartige Vorschriften verstößt, was gar nicht so selten ist.[138]

Zielgruppe dieser unseriösen Gewerbetreibenden sind häufig besonders schutzbedürftige Personen,[139] wie alte Leute und Mitglieder der sozialen Unterschicht.

Diese Zielgruppe läßt die geringste Gegenwehr erwarten, da diese im zivilen Recht von Initiative, Rechtskenntnis und Bereitschaft zum Prozeßrisiko abhängig ist. Insgesamt hat daher der systematisch ziviles Recht verletzende Gewerbetreibende überhaupt nichts zu befürchten, sofern es ihm gelingt, sich straffrei

---

136) vgl. etwa die Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung des UWG, B II, III, abgedruckt in WRP 78, 277

137) so wurde etwa auf dem 2. Rechtspolitischen Kongreß der CDU/CSU die Frage behandelt, ob die Verbraucherverbandsklage als Mittel der Rechtsdurchsetzung auch im GWB eingeführt werden sollte - siehe Annecke, ZRP 78, 173 (174)

138) siehe etwa v. Falckenstein, WRP 78, 502 (509)

139) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 171

zu halten. Er kann sich ungestraft auf Kosten besonders schutzwürdiger Personen rechtswidrig bereichern.

Diese Konsequenz erscheint für einen sozialen Rechtsstaat nicht tragbar.

Durch die Verletzung zivilen Rechts wird aber die Allgemeinheit nicht nur über den Kreis besonders schutzbedürftiger Personen, sondern oft auch in unübersehbar großen Gruppen geschädigt. So kann etwa durch Verstöße gegen die zivilrechtlichen Normen des UWG, z.B. durch irreführende Großwerbung, die nicht strafbar ist, der Allgemeinheit erheblicher Schaden[140] entstehen, ohne daß der unlauter Handelnde irgendwelche Sanktionen befürchten müßte, soweit sich nicht die Wettbewerber gegenseitig kontrollieren. An derartige Großfälle trauen sich auch die zur Verbandsklage befugten Verbände regelmäßig nicht heran,[141] der geschädigte Verbraucher ohnehin nicht.

---

140) v. Falckenstein, WRP 78, 502 (509)
141) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 235

C. Die Verwertbarkeit der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Feststellung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit

I. Der Einfluß der grundlegenden Staatsideen auf die Auslegung des Unzuverlässigkeitsbegriffes

Die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffes "Zuverlässigkeit" muß sich, wie alle Konkretisierungen unbestimmter Rechtsbegriffe, in die Gesamtrechtsordnung einfügen. Innerhalb der Gesamtrechtsordnung ist eine verschiedene Wertigkeit gegeben. An oberster Stelle steht die Verfassung und in ihr wiederum die nach Art. 79 III GG unabänderlichen Grundsätze der Art 1 und 20 GG. Zu diesen gehören vor allem die Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit, die beide auf die Auslegung des Unzuverlässigkeitsbegriffes Einfluß haben könnten.

1. Rechtsstaatlichkeit

Dieses Prinzip ist in Art 20 GG nicht ausdrücklich enthalten, wird jedoch daraus abgeleitet.[142] Aus ihm heraus ist es erforderlich, daß belastende Eingriffe des Staates in den individuellen Freiheitsbereich eine hinreichend bestimmte gesetzliche Grundlage haben.[143] Nach gefestigter Rechtspre-

---

142) Schnapp in von Münch, Grundgesetzkommentar, RdNr 21 zu Art 20

143) BVerfGE 1, 14 (45); BVerfGE 50, 166 (173); BVerfGE 56, 1 (12 f); 56, 99 (109)

chung darf der Gesetzgeber jedoch unbestimmte Rechtsbegriffe, die der Auslegung bedürfen, verwenden, da der Vielfalt des Lebens sonst nicht beigekommen werden könne.[144)]

Ziel des materiell begriffenen Rechtsstaates ist die Erlangung und Erhaltung der Gerechtigkeit im staatlichen und staatlich beeinflußbaren Bereich.[145)] Eine gegen dieses Ziel verstoßende Ungerechtigkeit könnte darin liegen, daß die Verwaltung die Verstöße gegen ziviles Recht bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit nicht verwertet. Diese Ungerechtigkeit müßte jedoch, um gegen das Rechtsstaatsprinzip zu verstoßen, elementare Ausmaße haben.[145a)] Solche Ausmaße sind jedoch nicht gegeben, da nicht unbeachtliche (wenn auch vordergründige) Argumente für die Nichtbeachtung zivilrechtlicher Verstöße sprechen.

Ausfluß des Rechtsstaatsprinzips ist auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser kann jedoch von der Idee her nur zu einer Beschränkung von Eingriffsmöglichkeiten führen, aber nicht eine Erweiterung von Eingriffsmöglichkeiten begründen. Die Berücksichtigung zivilrechtlicher Verstöße würde aber zu erweiterten Eingriffsmöglichkeiten gegenüber Gewerbetreibenden führen.

---

144) BVerfGE 11, 234 (237); 56, 1 (12 f)

145) Herzog in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., RdNr 83 zu "Rechtsstaatlichkeit" bei Art 20; zur Rechtsstaatlichkeit gehören Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit - BVerfGE 20, 323 (331)

145a) überhaupt enthält das Rechtsstaatsprinzip keine in alle Einzelheiten eindeutig bestimmten Gebote oder Verbote, die fundamentalen Elemente müssen aber im ganzen gewahrt bleiben - BVerfGE 53, 115 (127)

2. Sozialstaatlichkeit

Durch dieses Verfassungsprinzip, das durch die Art 20 I, 28 I GG postuliert wird, ist das Staatswesen zur sozialpolitischen Aktivität verpflichtet.[146)]

a) Das Sozialstaatsprinzip kann nach anerkannter Ansicht[147)] zur Grundlage der verfassungskonformen Auslegung mehrdeutiger Gesetzesvorschriften verwendet werden. Zweifelsfrei muß es daher auch bei der Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe beachtet werden und kann deren Grundlage sein.

b) Die soziale Gerechtigkeit ist ein Maßstab, an dem sich Handlungen im staatlichen Bereich messen lassen müssen.[148)] Die Förderung des allgemeinen Wohls als notwendige Rechtfertigung des modernen Staates bringt es mit sich, daß gerade die sozial schwachen Schichten besonders gefördert werden müssen,[148a)] da sie noch immer unterprivilegiert sind.[149)]

Diese Unterprivilegierung resultiert aus dem sozialen Machtgefälle. Die sozial Mächtigen haben es immer verstanden, die ihnen belassene Freiheit in die Unfreiheit ihrer Mitbürger umzumünzen.[150)]

Die aus dem Zivilrecht, geprägt vom liberalen Grundsatz der Vertragsfreiheit, begünstigte ungleiche Verteilung sozialer Macht darf aber von

---

146) BVerfGE 53, 164 (184); so etwa zur Angleichung der Stellung von bemittelten und unbemittelten Parteien im Bereich des Rechtsschutzes, BVerfGE 56, 139 (143)
147) siehe etwa Herzog in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., RdNr 27 zu "Sozialstaatlichkeit"; z.B. in BVerfGE 54, 251 (273 f)
148) siehe etwa BVerfGE 55, 100 (112) oder BVerfGE 42, 64 (76)
148a) die besondere Förderung der sozial Schwachen verlangen auch BVerfGE 49, 220 (226) und PVerfGE 42, 64 (77)
149) Badura, DöV 68, 446 (448)
150) Zippelius, Allgemeine Staatslehre, S. 213 f

einem modernen Staat nicht hingenommen werden. Er ist zu einer aktiven Gestaltung des gesellschaftlichen Innenausgleichs in Richtung auf eine Verhinderung der Übervorteilung sozial schwacher Gruppen verpflichtet.[151] Diese Staatsaufgabe muß in Rechtssetzung und Rechtsanwendung berücksichtigt werden.[151a]

c) Im Bereich der Rechtssetzung kommt der Staat dieser Aufgabe durch die Schaffung sozialen, das heißt den gesellschaftlichen Interessenausgleich beeinflußenden, Rechts nach. Dieses soziale Recht stellt sich häufig als Einschränkung der Vertragsfreiheit dar.[152] Daß die Vertragsfreiheit durch das Sozialstaatsprinzip bestimmt und inhaltlich begrenzt wird, hat schon das BVerfG festgestellt.[153] Die Position der sozial Schwachen muß gestützt,[153a] soziale Macht beschnitten werden.[154]

Paradebeispiele für das soziale Recht sind Arbeits- und Mietrecht. Aber auch in anderen Bereichen wurde soziales Recht geschaffen, so etwa AbzG und AGBG zur Einschränkung der in diesen Bereichen mißbrauchten Vertragsfreiheit. Als Beispiel sozialen Rechts, das die Vertragsfreiheit schon im vorvertraglichen Bereich sichern soll, kann das UWG dienen. Ziel dieses Gesetzes ist es, die Lauterkeit des Wettbewerbes zu Gunsten von Allgemein-

---

151) siehe Radbruch, a.a.O., S. 246 f
oder auch
Zippelius, a.a.O., S. 214; siehe auch BVerfGE 49, 220 (226); 56, 139 (143); 42, 64 (77); 54, 251 (273)

151a) BVerfGE 42, 64 (72 in Verbindung mit 77)

152) Radbruch, a.a.O., S. 246 f

153) BVerfGE 8, 329; 21, 91

153a) der sozial Schwache bedarf um seiner Freiheit willen des Schutzes durch den sozialen Rechtsstaat in besonderem Maße - BVerfGE 49, 220 (226) und BVerfGE 42, 64 (77)

154) Radbruch, a.a.O., S. 227

heit, Konkurrenten und Verbrauchern zu schützen.[155] Jedenfalls, soweit der Verbraucher geschützt wird, handelt es sich um soziales Recht. Er soll davor bewahrt werden, durch unlautere Machenschaften in seiner Entschließungsfreiheit, mit dem oder jenem Gewerbetreibenden zu kontrahieren, beengt zu werden.

Soziales Recht sind etwa auch das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung, das Fernunterrichtsschutzgesetz, das Heimgesetz und anderes mehr.

Typischerweise ist derartiges soziales Recht zwingend ausgestaltet, sonst könnte es seine Aufgabe nicht erfüllen.

Das Gesetz will in diesem Bereich einen Interessenausgleich in dem durch zwingende Normen abgesteckten Spielraum herbeiführen. Soweit dieser Interessenausgleich wesentlich verändert oder gefährdet wird, widerspricht dies dem Sozialstaatsprinzip.[156]

Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, diesen Interessenausgleich durch soziales Recht abzusichern. Ein bestimmter Weg kann ihm dabei nicht vorgeschrieben werden,[157] jedoch das Ziel: Die Sicherung der als soziales Recht gesetzgeberisch konkretisierten gesellschaftlichen Gerechtigkeit.

---

155) siehe z.B. Reich, ZRP 78, 100
156) Krause, BB 55, 265
157) BVerfGE 22, 180 (204); 50, 57 (108); 56, 1 (21 f)

Soweit die vorhandenen gesetzlichen Grundlagen, in verfahrensmäßiger oder materieller Hinsicht, zur Sicherung des gerechten gesellschaftlichen Interessenausgleiches nicht genügen, muß der Gesetzgeber tätig werden.

d) Im Bereich der Rechtsanwendung nimmt der Staat seine Aufgabe zur aktiven und gerechten Gestaltung des Interessenausgleiches in der Gesellschaft durch die Auslegung der materiellen Normen und die Handhabung des sozialen Rechts im Rahmen der Verwaltungstätigkeit wahr. Direkt der Durchsetzung sozialen Rechts dienen vor allem die in diesen Vorschriften angeordneten Sanktionen. Indirekt der Durchsetzung solcher Normen kann die allgemeine Strafrechtspflege, aber auch die allgemeine Wirtschaftsaufsicht, dienen. Zur letzteren gehören auch die Normen des Gewerbeunterbindungsrechts. Mit ihnen sollen unter anderem auch Verstöße gegen zwingendes Recht zukünftig verhindert werden.[158)]

Die Auslegung der materiellen Normen und die Handhabung der der Rechtsdurchsetzung dienenden Normen, müssen ebenfalls als Ziel den im Verfassungssinne gerechten gesellschaftlichen Ausgleich vor Augen haben.[159)]

e) Dies bedeutet für die Handhabung des Unzuverlässigkeitsbegriffes und der damit gekoppelten Gewerbeunterbindungsmaßnahmen, daß sie ausgesprochen

---

158) siehe etwa Badura, a.a.O., S. 316

159) da über allem staatlichen Handeln das Gerechtigkeitsgebot steht - siehe dazu Herzog in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, RdNr 83 zu "Rechtsstaatlichkeit" bei Art 20 - die "Gerechtigkeit" wird durch die Sozialstaatsverpflichtung mitbestimmt - siehe dazu Herzog in Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, a.a.O., RdNr 29 - 36 zu "Sozialstaatlichkeit" bei Art 20;
siehe BVerfGE 42, 64 (72 f); 49, 220 (226)

werden müssen, soweit dies rechtlich möglich und ansonsten der gerechte gesellschaftliche Innenausgleich wesentlich gefährdet ist. Das erforderliche Ausmaß der Gefährdung hängt von einer Reihe von Umständen ab, vor allem von den Möglichkeiten einer anderweitigen Durchsetzung des konkret durch Nichtbeachtung gefährdeten sozialen Rechts. Eine wesentliche Gefährdung des gerechten gesellschaftlichen Innenausgleichs wird man jedenfalls immer dann annehmen müssen, wenn der Gewerbetreibende hartnäckig und notorisch gegen soziales Recht verstößt, ohne daß diesem Verhalten anderweitig wirkungsvoll begegnet werden kann.

Soweit in solchen Fällen eine Gewerbeunterbindungsmaßnahme rechtlich nicht möglich ist, etwa weil die Interessen des Gewerbetreibenden höher einzustufen sind als das Interesse am gerechten gesellschaftlichen Innenausgleich, wäre der Gesetzgeber verpflichtet, andere Durchsetzungsmöglichkeiten für das soziale Recht zu schaffen. Ein derartiger Fall wird jedoch nur ganz ausnahmsweise einmal vorkommen;[160] er ist mehr theoretischer Natur, weil eine wesentliche Gefährdung des gerechten gesellschaftlichen Interessenausgleichs praktisch immer das Interesse des Gewerbetreibenden an der Gewerbeausübung übersteigen wird.

Daß das soziale Recht in erheblichen Teilen nur zivilrechtlich sanktioniert ist,[161] ist im Zu-

---

160) weil bei der umfassenden Interessenabwägung der Sozialstaatsgedanke zu Lasten des Gewerbetreibenden berücksichtigt werden muß

161) § 1 UWG, AGBG, AbzG mit Ausnahme von § 7, usw.

sammenhang mit der Sozialstaatlichkeit unerheblich, es kommt nur auf die Eigenschaft als soziales Recht an.[161a)]

Aus dem Sozialstaatsprinzip kann daher nicht zwingend und ohne weiteres auf die Notwendigkeit der Verwertung der Verstöße gegen soziales Recht bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit geschlossen werden. Vielmehr muß hierzu noch festgestellt werden, daß andere wirkungsvolle Durchsetzungsmöglichkeiten nicht bestehen, da dem Staat nicht vorgeschrieben werden kann, wie er soziales Recht, gleichgültig nun, ob zivilrechtlich oder öffentlich-rechtlich sanktioniert, durchsetzt. Er muß es nur überhaupt durchsetzen.

161a) zwingendes Zivilrecht ist regelmäßig soziales Recht

II. Der Einfluß des Willkürverbotes auf die Auslegung des Unzuverlässigkeitsbegriffes

1. Das Willkürverbot

Verwaltung und Gesetzgebung dürfen nicht willkürlich handeln. Willkürlich ist ein Handeln, für das sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache folgender oder sonstwie einleuchtender Grund nicht finden läßt.[162)]

Dieses Willkürverbot resultiert nach überwiegender Ansicht[163)] aus dem Gleichheitssatz des Art 3 I GG und ist unbestritten. Das Willkürverbot gehört zur objektiven Wertordnung des Grundgesetzes, da es aus dem Grundrechtsabschnitt des GG resultiert.[164)] Diese Wertordnung des GG muß von den Verwaltungsbehörden bei allen Entscheidungen beachtet werden.[165)]

Das Willkürverbot könnte durch die grundsätzliche Nichtbeachtung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der gewerblichen Zuverlässigkeitsprüfung verletzt sein, wenn sich sachbezogene und einleuchtende Gründe für die Ausscheidung aus dem Kreis der bei dieser Prüfung verwertbaren Tatsachen nicht finden lassen. Insoweit liegt zwar nur ein Unterlassen vor, will man jedoch das Willkürverbot nicht der

---

162) Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O., RdNr 13 zu Art 3, in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des BVerfG, siehe etwa BVerfGE 42, 64 (72 f)

163) siehe etwa Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S 83, S 178 ff
a. A. Eyermann, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayer. VerfGH, S 46, 50

164) Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O., RdNr 8 der Vorb zu Art 1

165) Schmidt-Bleibtreu/Klein, a.a.O., RdNr 10 der Vorb zu Art 1, der Maßstab, ob Willkür vorliegt oder nicht, ergibt sich zunächst und vor allem aus den in den Grundrechten konkretisierten Wertentscheidungen des Gesetzgebers - BVerfGE 42, 64 (72 f)

Aushöhlung preisgeben, muß man es auch auf willkürliches Unterlassen anwenden. Sollte sich kein sachlicher Grund finden lassen, wäre die grundsätzliche Nichtverwertung verfassungswidrig. Dies hätte jedoch nicht automatisch ein Gebot zum Einschreiten nach den Gewerbeunterbindungstatbeständen zur Folge,[166] sondern nur die Pflicht zur angemessenen Beachtung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Prüfung der Unzuverlässigkeit. Wann diese Verstöße dann für eine Gewerbeunterbindungsmaßnahme als ausreichend angesehen werden, ist eine Frage der Gewichtung der einzelnen Verstöße und der umfassenden Interessenabwägung.

2. Unterschiede zwischen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich sanktioniertem Recht

a) Für die Prüfung, ob Willkür vorliegt, müssen die bei allen Sachverhalten bestehenden Unterschiede daraufhin geprüft werden, ob sie so wesentlich sind, daß sie eine Differenzierung auf der Folgeseite rechtfertigen. Die Wesentlichkeit ist dabei nicht generell festzulegen, sie muß für jeden Fall gesondert geprüft werden. Über diese Prüfung der Wesentlichkeit dringt die bewertete gesellschaftliche Wirklichkeit in die staatliche Normativität ein.[167] Die an der Gerechtigkeitsidee orientierte Betrachtungsweise muß sachlich einleuchtende Gründe finden, wenn sich die Ungleichbehandlung nicht als willkürlich darstellen soll.[168]

---

166) wie auch der Gesetzgeber durch einen Verstoß gegen das Willkürverbot nicht zum Handeln verpflichtet wird - BVerfGE 15,75

167) Hesse, a.a.O., S. 180

168) BVerfGE 1, 52 f; 18, 46; was sachlich einleuchtend ist bestimmt sich wiederum nach den Wertentscheidungen des Grundgesetzes - BVerfGE 42, 64 (72 f)

b) Der Unzuverlässigkeitsbegriff ist ein finaler, zweckorientierter Begriff.[169] Er dient dazu, die Gewerbeausübung von Personen zu verhindern, die durch ihr bisheriges Verhalten erwarten lassen, daß sie zukünftig Interessen der Allgemeinheit gefährden, wenn ihnen die Gewerbeausübung nicht unterbunden wird.[169a]

Ausschlaggebendes Kriterium ist dabei der Umfang der Gefährdung der Allgemeinheit.[170] Sie muß gegen die Interessen des Gewerbetreibenden an der weiteren Gewerbeausübung abgewogen werden.[171]

Für die Frage, welche Normverstöße bei der Prüfung der Unzuverlässigkeit verwertet werden können, dürfen Unterschiede nur dann als wesentlich angesehen werden, wenn daraus eine verschiedene Gefährlichkeit der zu erwartenden Verstöße resultiert. Die Gefährlichkeit von Normverstößen folgt hauptsächlich aus der Gewichtigkeit des geschützten Rechtsgutes, aber auch aus der Abwehrfähigkeit des betroffenen Personenkreises und dem Umfang der zu erwartenden Rechtsgutsgefährdung.

Will man daher den Verstoß gegen zivilrechtlich sanktionierte Normen als grundsätzlich im Rahmen der Unzuverlässigkeitsprüfung nicht relevante Tatsache ansehen, ohne gegen das Willkürverbot zu verstoßen, müßte die aus derartigen Verstößen

---

169) Marcks, a.a.O., RdNr 30 zu § 35
169a) Hellwig, a.a.O., S. 13
170) Hellwig, a.a.O., S. 30 f
171) evtl. auch gegen Interessen der Allgemeinheit an der Gewerbeausübung, siehe etwa Marcks, a.a.O., RdNr 77 zu § 35

zu schließende Gefährdung der Allgemeinheit durch weitere Gewerbeausübung generell erheblich geringer sein, als dann, wenn der Gewerbetreibende gegen öffentlich-rechtlich sanktionierte Normen verstoßen hat.

Eine solche generell geringere Gefährdung ließe sich insbesondere aus folgenden Umständen entnehmen:

1. Die mit zivilrechtlichen Sanktionen ausgestatteten Normen müßten generell weniger wichtige Rechtsgüter schützen.

2. Die Abwehrfähigkeit des Personenkreises, der durch den Verstoß gegen zivilrechtlich sanktionierte Normen geschädigt wird, müßte gerade in Bezug auf diese Verstöße größer sein.

3. Der Schluß aus der gegebenen Verletzung zivilrechtlich sanktionierter Normen auf ein die Allgemeinheit zukünftig gefährdendes Verhalten, dürfte nicht in gleichem Umfang möglich sein, wie bei der Verletzung öffentlich-rechtlich sanktionierter Normen.

c) Die Gewichtigkeit der durch zivilrechtlich sanktionierte Normen geschützten Rechtsgüter.

Zwingendes Zivilrecht stellt sich regelmäßig als Einschränkung der Vertragsfreiheit dar.[172] Beispiel hierfür ist das AGBG, das in seinen §§ 9, 10,11 eine ganze Reihe von Vertragsklauseln als unwirksam erklärt.

---

172) Radbruch, a.a.O., S. 246 f

Die durch das AGBG als unwirksam erklärten Klauseln würden die Position des Kunden bei Abschluß, Abwicklung und Rückabwicklung des Vertrages mit dem Gewerbetreibenden erheblich und in einer sachlich nicht gerechtfertigten Weise verschlechtern.[173)]

Geschütztes Rechtsgut ist das Vermögen des Kunden, da die Anwendung der verbotenen Klauseln zu einer Verschlechterung seiner vermögensmäßigen Position führen würde.

Der Schutz des Vermögens gegenüber den Gewerbetreibenden ist auch Zweck der zivilrechtlich sanktionierten Normen des AbzG, des UWG oder etwa des § 138 BGB. Die der Einschränkung der Vertragsfreiheit dienenden zivilrechtlich sanktionierten Normen schützen zum größten Teil das Vermögen[174)] desjenigen, der sich aufgrund sozialer Machtunterschiede in der schlechteren Position befindet.[175)]

Das Rechtsgut Vermögen ist so gewichtig, daß es auch durch eine ganze Reihe von strafrechtlichen Bestimmungen geschützt wird, wie etwa den §§ 259, 263, 266 StGB. Es ist eines der zentralen Rechtsgüter.

Man kann auch nicht sagen, daß die mit zivilrechtlichen Sanktionen versehenen Normen, die das Rechtsgut Vermögen schützen, nur die weniger gewichtigen Verstöße gegen dieses Rechtsgut betreffen. Denn auch

---

173) Reich, JZ 75, 550
174) Reich, ZRP 74, 187
175) da der sozial Mächtigere eine übermäßige Beachtung seiner Interessen durchsetzen konnte - siehe Radbruch, a.a.O., S. 246 f

die strafrechtliche Sanktion schützt unabhängig vom Umfang der Rechtsgutsverletzung.

Aus der Gewichtigkeit der geschützten Rechtsgüter lassen sich daher keine wesentlichen Unterschiede zwischen öffentlich-rechtlich und zivilrechtlich sanktionierten Normen finden.

d) Die Gefährlichkeit der Normverstöße unter dem Gesichtspunkt der Abwehrfähigkeit des betroffenen Personenkreises gegen derartige Verstöße.

Diese Abwehrfähigkeit wird von einer Reihe von Umständen bestimmt.

Zunächst hängt sie von der Erkennbarkeit des Verstoßes für denjenigen, der durch die Norm geschützt werden soll, ab. Beim strafrechtlichen Betrugstatbestand ist eine Täuschung Tatbestandshandlung, unwesentlich ist, ob der Getäuschte durch eigene Fahrlässigkeit die Täuschung erleichtert hat.[176)]

Für den Kunden des Gewerbetreibenden wäre zwar häufig erkennbar, daß er, z.B. mit unwirksamen Klauseln, scheinbar gebunden werden soll, aber er wird die Unwirksamkeit trotzdem regelmäßig nicht erkennen. Gleiches gilt etwa für den Tatbestand des Betruges. Objektiv gesehen wäre häufig ersichtlich, daß durch die Täuschung eine Vermögensschädigung bezweckt wird, nur kann es derjenige, der geschädigt werden soll, nicht erkennen. Sowohl der Betrüger als auch der Gewerbetreibende, der seinen

176) Tröndle in Dreher/Tröndle, StGB, Nr 19 zu § 263

Kunden durch einen Verstoß gegen zivilrechtlich sanktionierte Normen schädigen will, suchen sich als Opfer häufig ganz gezielt Personengruppen aus, die in der Erkennung von Rechtsverstößen durch Rechtsunkenntnis, Unerfahrenheit und fehlende geistige Beweglichkeit behindert sind.[177)]

Eine generell bessere Erkennbarkeit des Verstoßes gegen zivilrechtlich sanktioniertes Recht gegenüber dem gegen öffentlich-rechtlich sanktioniertes Recht ist nicht gegeben.

Die Abwehrfähigkeit hängt auch davon ab, was der Geschädigte unternehmen kann, wenn er erkennt, daß der Gewerbetreibende gegen eine Rechtsnorm verstoßen hat.

Sofern die Rechtsnorm nur zivilrechtlich sanktioniert war, kann der Geschädigte gegen den Gewerbetreibenden im Klagewege vorgehen. Er muß aber regelmäßig selbst vorgehen, was eine erhebliche Belastung darstellt. Er muß nicht nur Ermittlungen und Beweise führen, sondern auch noch das Prozeßkostenrisiko tragen.[178)] Bei kleineren Schadenssummen verhindert häufig der mit der Rechtsverfolgung verbundene Aufwand diese, bei größeren auch das Prozeßkostenrisiko.

War die Norm öffentlich-rechtlich sanktioniert, hat der Geschädigte die Möglichkeit der Anzeige des Vorganges bei der Verfolgungsbehörde, sofern

---

177) siehe dazu etwa für den unseriösen Direktvertrieb: v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103

178) zu den systembedingten Nachteilen des privaten Rechtsschutzes beim UWG: Ahrens WRP 80, 129 (129 f)

diese nicht schon von Amts wegen tätig wird. Er hat aber nur in bestimmten Fällen ein über das Klageerzwingungsverfahren[179] durchsetzbares Recht auf Tätigwerden dieser Behörde. In den durch § 374 StPO bestimmten Fällen kann der Geschädigte auch Privatklage erheben. Praktisch hat jedoch die Privatklage keine große Bedeutung, weil auch hier dem geschädigten Privatkläger Ermittlungen und Beweisführung obliegen.[180]

Wegen der erheblichen Schwierigkeiten, mit denen die private Rechtsdurchsetzung belastet ist,[181] ist diese allein nicht geeignet, eine geringere Gefährlichkeit der Verstöße gegen zivilrechtlich sanktionierte Normen zu begründen.

Die Abwehrfähigkeit der durch Verstöße gegen zivilrechtlich sanktioniertes Recht Geschädigten ist nicht erheblich besser als derjenigen, die durch Verstöße gegen öffentlich-rechtlich sanktioniertes Recht geschädigt wurden.

---

179) nicht bei Ordnungswidrigkeiten - § 46 III 3 OWiG; nicht bei Privatklagedelikten und bestimmten Einstellungen - siehe dazu § 172 StPO

180) so für UWG-Privatklagesachen: Kerl, WRP 78, 342 (343)

181) siehe zur Unwirksamkeit des zivilen Rechtsschutzes vor allem für die sozial Schwachen: von Hippel, Verbraucherschutz, S 125 f, 175 f, 183 f

e) Der Schluß aus der Verletzung zwingenden Rechts auf die zukünftige Gefährdung der Allgemeinheit.

Die Unzuverlässigkeit wird aus vorliegenden Tatsachen geschlossen.[182] Die Tatsachen müssen auf Gefährdungen der Allgemeinheit durch zukünftiges Verhalten des Gewerbetreibenden bei der Gewerbeausübung schließen lassen. Entscheidend bei der erforderlichen Würdigung der Gesamtpersönlichkeit des Gewerbetreibenden ist dabei, ob ein allgemeiner Hang zur Mißachtung von Rechtsvorschriften vorliegt.[183]

Ein derartiger Hang zu Verstößen gegen zwingende Vorschriften[184] wird sich nur aus vorliegenden Verstößen entnehmen lassen. Dabei ist nicht jeder Verstoß gleichzuachten, so kann etwa ein sehr gewichtiger Verstoß für die Bejahung des Mißachtungshanges genügen, dagegen müssen weniger gewichtige Verstöße schon in einer Vielzahl gegeben sein, um daraus den gleichen Schluß ziehen zu können.[185]

Da nun vom Gewicht des geschützten Rechtsgutes und der Abwehrfähigkeit der Betroffenen keine wesentlichen Gewichtigkeitsunterschiede zwischen zivilrechtlich und öffentlich-rechtlich sanktionierten Normen bestehen, könnten sich derartige Unterschiede auch noch daraus ergeben, daß möglicherweise nur derjenige sittliches Unrecht verwirklicht, der

---

182) Kienzle, a.a.O., S. 16
183) BVerwG vom 31.01.1964 in GewA 65, 36
184) nur gegen "zwingende" Vorschriften kann verstoßen werden
185) siehe etwa Fuhr, a.a.O., Nr. 3 b zu § 35

gegen öffentlich-rechtlich sanktioniertes Recht in der Form des Strafrechtes verstößt.[186]

Die Verwirklichung sittlichen Unrechts legt den Hang zur Mißachtung von Rechtsvorschriften eher dar, als der Verstoß gegen die Rechte Privater oder Ordnungsrecht.[187] Ein Gewerbetreibender, der auch bereit ist, sittlich unrecht zu handeln, läßt für die Zukunft Schlimmeres befürchten, als der Gewerbetreibende, der eine solche Bereitschaft nicht gezeigt hat.

Die Verwirklichung sittlichen Unrechts ist jedoch nicht auf das Strafrecht beschränkt. So zeigt etwa die geplante Einführung einer neuen Strafvorschrift gegen die progressive Kundenwerbung,[188] daß es Bereiche gibt, die zwar als sittliches Unrecht angesehen werden, aber nicht als Straftatbestand ausgestaltet, sondern zivilrechtlich sanktioniert sind.[189]

Im übrigen gibt es zahlreiche denkbare Konstellationen, bei denen zwar Straftatbestände erfüllt werden, aber von der Verwirklichung sittlichen Unrechts kaum eine Rede sein kann. Zu denken wäre etwa an Tatbestände, die bei leichtester Fahrlässigkeit verwirklicht werden oder, im Bereich der vorsätzlichen Vermögens- und Eigentumsdelikte, an absolute Bagatellfälle mit Schäden von wenigen

---

186) Göhler, OWiG, Einleitung 1

187) regelmäßig öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert

188) siehe dazu Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des UWG, abgedruckt in WRP 78, 277 Artikel 1 Nr. 4; Begründung B III

189) so unterfiel die progressive Kundenwerbung bisher § 1 UWG; siehe Begründung B III 2 des Entwurfes der Bundesregierung zur Änderung des UWG - WRP 78, 277 (282)

Pfennigen bei gleichzeitiger großer Bedürftigkeit des Täters.

Ein weiterer Gesichtspunkt im Hinblick auf die Ausfüllung des Unzuverlässigkeitsbegriffes ist, daß der Begriff sittliches Unrecht vor allem auch auf die Vorwerfbarkeit gegenüber dem Täter abstellt[190] und daher im verschuldensunabhängigen[191] Gewerbeunterbindungsrecht weniger relevant ist. Zwar wird der Hang zur Mißachtung von Rechtsvorschriften nur ausnahmsweise aus schuldlosen Verstößen geschlossen werden können, jedoch muß diese Möglichkeit offen gehalten werden. Dies ist einerseits erforderlich, weil auch der Gewerbetreibende, der einschlägige Rechtsvorschriften nicht kennt und daher schuldlos gegen sie verstößt, die Allgemeinheit gefährden kann. Andererseits ist auch daran zu denken, daß das Verschulden nicht nachgewiesen werden kann.[192]

Es liegt daher auch in Bezug auf den Schluß aus den gegebenen Verstößen auf zukünftige Gefährdungen kein wesentlicher Unterschied zwischen zivilrechtlich und öffentlich-rechtlich sanktionierten Normen vor. Zum einen ist die Verwirklichung sittlichen Unrechts, aus der auf die höhere Gefährdung geschlossen werden kann, in der Praxis nicht mit der strafrechtlichen Sanktionierung gekoppelt, zum anderen belegt zwar die Verwirklichung sitt-

---

190) siehe dazu Göhler, a.a.O., Einleitung, RdNr 2, 3, 4
191) siehe dazu Hellwig, a.a.O., S. 58 f
192) der Nachweis von subjektiven Tatbestandselementen ist regelmäßig schwierig, siehe etwa Kerl, WRP 78, 342

lichen Unrechts regelmäßig eine höhere Gefährlichkeit, jedoch kann eine ausreichende Gefährlichkeit auch dann gegeben sein, wenn kein sittliches Unrecht verwirklicht wird.

3. Zusammenfassung

Die Verstöße gegen zivilrechtlich sanktioniertes Recht sind grundsätzlich für die Allgemeinheit nicht weniger gefährlich als die Verstöße gegen öffentlich-rechtlich sanktioniertes Recht. Die Verstöße gegen Zivilrecht müssen daher gleichermaßen beachtet werden wie die gegen öffentliches Recht. Andernfalls wird das Willkürverbot verletzt, da insoweit keine generellen Unterschiede in Bezug auf die Gefährlichkeit der Normverstöße bestehen.

Verstöße gegen zivilrechtlich sanktioniertes Recht müssen daher bei der Prüfung der gewerblichen Zuverlässigkeit grundsätzlich als Tatsachen verwertet werden.

III. Die Kriterien der Verwertbarkeit von Normverstößen

1. Das Kriterium der Sanktionsform

a) Grundsätzliches zum Sanktionssystem

Die Verstöße gegen zwingende Vorschriften sind regelmäßig mit Rechtsnachteilen für den Verletzer verbunden. Ergeben sich diese Rechtsnachteile im Verhältnis zwischen Verletzer und anderen Privaten, handelt es sich um eine zivilrechtliche Sanktion oder auch einfach um ziviles Recht. Ergeben sich die Rechtsnachteile zwischen Verletzer und Hoheitsträger, liegt eine öffentlich-rechtliche Sanktion oder auch öffentliches Recht vor. Diese grundsätzlichen Möglichkeiten der Sanktionierung schließen einander nicht aus, manchmal wird durch den Verstoß gegen eine Norm sowohl eine zivilrechtliche, als auch eine öffentlich-rechtliche Sanktion verwirkt. So kann etwa der nach § 4 UWG strafbar Werbende zivilrechtlich nach § 3 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Derjenige, der sich über einen nach §§ 1, 15 GWB nichtigen Vertrag hinwegsetzt, erfüllt den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 38 I Nr 1 GWB, zusätzlich besteht nach den §§ 1, 15 GWB für den Vertragspartner des Verletzers die Möglichkeit, die Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages geltend zu machen.

Eine allgemeine zivilrechtliche Sanktion ist die des § 134 BGB. Danach sind Rechtsgeschäfte, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen, nichtig, es sei denn, aus dem Verbotsgesetz ergibt sich etwa anderes. Aus dem Verbotsgesetz ergibt sich dann etwas anderes, wenn dessen Sinn und Zweck die Nichtigkeit des Geschäftes nicht erfordern.[193] § 134 BGB hat eine Bindungsfunktion zwischen öffentlichem und privatem Recht. So wird etwa durch § 56 I Nr 6 GewO die Darlehensvermittlung im Reisegewerbe verboten. Die Vorschrift hat materiellen Schutzcharakter, da der Kunde in der Überraschungssituation an der Haustüre davor bewahrt werden soll, unüberlegte Verpflichtungen einzugehen.[194]

Gäbe es § 134 BGB nicht, könnte dem Kunden, dem an der Haustüre ein Kredit zu ungünstigen Konditionen aufgeschwatzt wurde, nicht geholfen werden, der Darlehensvertrag hätte Bestand, solange nicht die Grenzen des Wuchers überschritten wären oder wirksam angefochten worden wäre. Eine Anfechtung ist aber häufig nicht möglich. Die Rechtsprechung hat aber den im Reisegewerbe vermittelten oder abgeschlossenen Darlehensvertrag als nach § 134 BGB nichtig angesehen.[195]

---

193) Heinrichs in Palandt, BGB, Nr 2 a zu § 134
194) BGH, Urteil vom 08.02.1979 in NJW 79, 1597
195) wie 194)

Die teilweise Doppelsanktionierung, aber auch die zur Erzielung eines tragbaren Ergebnisses erforderliche Anwendung des § 134 BGB, obwohl eine öffentlich-rechtliche Verbotsnorm existiert, zeigen, daß eine Sanktionsform zur befriedigenden Regelung eines Normverstoßes nicht ausreichend sein kann. Es bestehen auch häufig korrespondierende öffentlich-rechtliche und zivilrechtliche Normen. Wer Rechtsgüter eines anderen verletzt, verwirkt meist nicht nur Strafe, sondern muß zivilrechtlich auch den Schaden ersetzen.

Die Notwendigkeit von Doppelsanktionierungen und korrespondierenden öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Normen ergibt sich häufig schon aus der Komplexität der Verhältnisse und der mehrfachen Schutzrichtung von Gesetzen.[196] Weitere Gründe sind aber auch die den einzelnen Sanktionsformen immanenten Vor- und Nachteile.

aa) Stärke, aber auch Schwäche des zivilrechtlichen Schutzes, ist seine Abhängigkeit von privater Initiative.[197] Seine Wirksamkeit hängt entscheidend von dem Personenkreis ab, der zur Geltendmachung der Rechtsfolgen der Verletzung berechtigt ist. Soweit Verletzer und Verletzter sozial annähernd gleichgewichtig sind, pflegt der Zivilrechtsschutz gut zu funktionieren.[198] Besteht jedoch ein soziales Machtgefälle, wie etwa regel-

---

196) so dient etwa das aus GWB und UWG bestehende Wettbewerbsrecht dem Individual- und Institutionsschutz - siehe Hefermehl in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgemeine Grundlagen, RdNr 86, 88

197) Ahrens, WRP 80, 129 (130)

198) so z.B., wenn sich Wettbewerber gleicher Größenordnung gegenseitig kontrollieren - siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr. 236

mäßig zwischen Gewerbetreibendem und Verbraucher, ist der Zivilrechtsschutz häufig unbefriedigend.[199] Dies gilt in besonderem Maß, wenn sich die Gewerbetreibenden gezielt geistig weniger bewegliche und geschäftlich und rechtlich besonders unerfahrene Gruppen der Bevölkerung als Kunden aussuchen, wie dies im unseriösen Direktvertrieb häufig der Fall ist.[200] Fehlende Rechtskenntnis und Unsicherheit im geschäftlichen und behördlichen Umgang führen in Verbund mit Langwierigkeit und Kostspieligkeit des zivilen Rechtsschutzes dazu, daß auf ihn vielfach von vorneherein verzichtet wird.[201] Hinzu kommt, daß es beim einzelnen häufig keine großen Beträge sind und daher auf den Rechtsschutz verzichtet wird.[202]

Ein gewichtiger Vorteil des Zivilrechts liegt darin, daß es mit Generalklauseln arbeiten kann, was im öffentlich-rechtlichen Sanktionssystem aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich ist.[203] Gerade die Vielfalt geschäftlicher Praktiken von Gewerbetreibenden kann nur mit Generalklauseln ausreichend erfaßt werden.[204] Ein weiterer Vorteil des Zivilrechts liegt darin, daß bei den Parteien des Rechtsverhältnisses regelmäßig jedenfalls insoweit Kosten entstehen, als sie in der Sache unterliegen.

---

199) Reich, ZRP 74, 187 (188)
200) siehe v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103
201) in diese Richtung auch v. Hippel, Verbraucherschutz, S. 125 f, 175 f, 183 f
202) wie 201)
203) Schricker, GRUR Int, 73, 694 (698)
204) wie 203)

Dies verhindert mutwillige Rechtsverfolgung weitgehend.

Mit dem Ziel, die Mängel des Zivilrechtsschutzes, die aus der fehlenden Initiative des einzelnen, sozial schwachen Verbrauchers resultieren, auszugleichen, hat der Gesetzgeber in den letzten Jahren für bestimmte Fälle eine Verbraucherverbandsklage[205] geschaffen. Den Verbraucherverbänden wurde ein Klagerecht gegen die Gewerbetreibenden eingeräumt, ohne daß sie persönlich verletzt sein müssen; die satzungsgemäße Aufgabe, derartige Verstöße zu verfolgen, genügt.[206] Die Verbraucherverbandsklage soll zukünftig in erweitertem Umfang möglich sein.[207] Diese Klagebefugnis der Verbraucherverbände hat sich als Gegenstück zur sozialen Macht der Gewerbetreibenden und als Ausgleich fehlender Initiative der Verbraucher insgesamt bewährt[208] und wird zum Teil als einzige Alternative zu der ansonsten notwendigen Verwaltungskontrolle angesehen.[208a]

bb) Das öffentlich-rechtliche Sanktionssystem läßt sich in zwei verschiedene Bereiche aufspalten: Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht. Im Strafrecht sind in erster Linie die Staatsanwaltschaften zur Verfolgung berufen, im Ordnungswidrigkeitenverfahren die Verwaltungsbehörden.

---

205) § 13 I a UWG, § 13 AGBG
206) § 13 I a UWG, § 13 AGBG
207) siehe dazu § 13 c des Regierungsentwurfes zur Änderung des UWG, abgedruckt in WRP 78, 277 (278)
208) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 237, a.A. Reich, ZRP 78, 100 (101)
208a) Schricker, GRUR 79, 1 (6)

Während das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dient, ist dies beim Ordnungswidrigkeitenrecht nur teilweise der Fall. Von der Idee her dient es der Sicherung der Verwaltungstätigkeit durch Sanktionierung von Ordnungspflichten.[209] In manchen Bereichen wird es aber auch zum Rechtsgüterschutz eingesetzt, so etwa im Bereich des früheren Polizeirechtes.[210]

Vorzug der straf- oder ordnungswidrigkeitsrechtlichen Sanktionsform ist, daß zur gesamten Ermittlungstätigkeit hoheitliche Maßnahmen wie Durchsuchungen, Vorladungen etc. möglich sind. Für den Verletzten hat das Verfahren den Vorteil der Kostenfreiheit.

Ein Vorteil des Strafrechts ist die aus den diskriminierenden Rechtsfolgen herrührende präventive Wirkung.

Problematisch ist aber die Sachferne der Ermittlungsbehörden. Im Verkehr zwischen Gewerbetreibendem und Kunden ist die Ermittlungsbehörde nicht beteiligt; will sie daher derartige Sachverhalte beurteilen, ist sie auf die Information durch den Kunden angewiesen. Die Information scheitert aber häufig aus den gleichen Gründen wie die zivilrechtliche Verfolgung: Rechtsunkenntnis, fehlende Sicherheit im Umgang mit Behörden, Bequemlichkeit und anderes mehr. Zur eigenen Ermittlung von Sachverhalten sind die Verfolgungsbehörden im gewerblichen Bereich häufig schon aus Personalgründen nicht in der Lage.[211]

---

209) Göhler, a.a.O., Nr 2 A vor § 1
210) wie 209)
211) so auch Schricker, GRUR Int, 73, 694 (698)

Probleme gibt es auch mit den aus Gründen des Individualschutzes notwendigen, hohen Beweisanforderungen des Strafrechtes, insbesondere beim subjektiven Tatbestand, der häufig nicht nachgewiesen werden kann.[212)]

Zusammenfassend betrachtet gibt die öffentlich-rechtliche Sanktionsform im gewerblichen Bereich erhebliche Probleme auf.[213)] Wirksame eigene Ermittlungstätigkeit würde eine erhebliche Vergrößerung des Umfanges der Verfolgungsbehörden bedingen.[214)] Solange dies nicht der Fall ist, sind die Verfolgungsbehörden auf die Hinweise geschädigter Kunden angewiesen, diese bleiben aber aus vielfältigen Gründen weitgehend aus. Andererseits stekken in dieser Sanktionsform Möglichkeiten, über die der zivile Rechtsschutz nicht verfügt.

cc) Betrachtet man das Sanktionssystem insgesamt, so gewinnt man den Eindruck eines komplexen Systems, das das Ziel - effektive Rechtsdurchsetzung - nur unter Einsatz und bei sinnvoller Kombination aller Mittel erreichen kann.[215)] Es gilt, die Mängel der einzelnen

---

212) wie 211
213) siehe dazu Schricker, GRUR Int, 73, 694 (698); oder Kerl WRP 78, 342; trotzdem wird in der Literatur der weitere Ausbau gefordert, siehe etwa Reich ZRP 78, 100 (103)
214) wie 211)
215) in diese Richtung auch Stauder ZRP 80, 217 (221 f)

Sanktionsformen auszugleichen und Lücken in der effektiven Durchsetzung mit neuen oder der Aktivierung bestehender Vorschriften zu schließen.[216)]

Einer hochentwickelten Wirtschaftsabwicklung und den subtilen Methoden im Graubereich zur Wirtschaftskriminalität muß ein bewegliches und vielfältiges Sanktionssystem entgegengesetzt werden.

b) Die Entwicklung des Sanktionssystems

Im liberalen Staat[217)] wurde dem einzelnen ein möglichst weiter Raum zur Entfaltung des privaten Eigennutzes eingeräumt, man ging davon aus, daß der einzelne seine Rechte am besten selbst wahrnehmen könnte. Demgemäß stand der Grundsatz der weitgehend uneingeschränkten Vertragsfreiheit völlig im Vordergrund. Soweit Recht, das sich mit dem gesellschaftlichen Interessenausgleich befaßte, überhaupt zwingend ausgestaltet war - weitgehend war dieses Recht dispositiv -, mußte die Rechtsdurchsetzung auch im Verhältnis zwischen den Parteien erfolgen, war also zivilrechtlich sanktioniert. Der liberale Staat hielt sich in Übereinstimmung mit seinem grundlegenden Selbstverständnis aus dem Interessenausgleich innerhalb der Gesellschaft heraus, dieser wurde dem freien Spiel der Kräfte überlassen. Mit der Erkenntnis, daß der liberale

---

216) so auch v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 248 ff
217) zur Darstellung der liberalen Staatsidee siehe im Evangelischen Staatslexikon, I zu "Liberalismus", Bearbeiter: Heuß

Staat zur gerechten Reglementierung einer modernen Gesellschaft nicht in der Lage war,[218] wurde die Vorherrschaft des klassischen Privatrechts zurückgedrängt.[219] An seine Stelle trat Recht, das häufiger als nicht abdingbar ausgestaltet wurde, sowie Recht, das öffentlich-rechtlich sanktioniert war,[220] das heißt, die Rechtsdurchsetzung erfolgte nun nicht mehr im Verhältnis zwischen den Parteien, sondern zwischen Staat und verletzender Partei. Arbeits- und Wirtschaftsrecht entwickelten sich zu neuen Rechtsgebieten,[221] die vornehmlich aus sozialem Recht bestanden und durch eine nahezu unentwirrbare Vermischung von öffentlich-rechtlich sanktioniertem und privatrechtlich sanktioniertem Recht gekennzeichnet sind.[222] In den letzten Jahren wurde soziales Recht wieder bevorzugt in zivilrechtlicher Form erlassen. Die Änderungsgesetze zum Abzahlungsgesetz,[223] das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) vom 09.12.1976[224] und das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 04.11.1971 (teilweise)[225] seien als Beispiele genannt. Im UWG wurde durch

---

218) Badura, DÖV 68, 446 (447)
219) Ryffel, Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie, S. 470
220) zur Zunahme des öffentlichen Rechts siehe etwa Radbruch, a.a.O., S. 227
221) aber auch andere neue Rechtsgebiete wie das Sozialversicherungsrecht oder etwa das soziale Mietrecht
222) Radbruch, a.a.O., S. 227
223) Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 01.09.1969, BGBl I, 1541 und
Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 15.05.1974, BGBl I, 1169
224) BGBl I, 3317
225) BGBl I, 1747; ein Teil der Normen (§§ 3 I, 6 I, 6 II) ist öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert

Gesetz vom 21.07.1965[226] ein Klagerecht der Verbraucherverbände zur besseren Durchsetzung der zivilrechtlichen UWG-Normen geschaffen. Diese Regelung bleibt im Rahmen des zivilrechtlichen Sanktionssystems, es handelt sich um die Verleihung der Aktivlegitimation an Dritte. Rein materiell betrachtet nähert sich diese Durchsetzungsform jedoch schon der öffentlich-rechtlichen: nicht mehr der Verletzte nimmt seine Rechte wahr, sondern eine Organisation, auf deren Tätigwerden der einzelne keinen Einfluß hat, hinzu kommt, daß diese Organisationen weitgehend vom Staat finanziert werden.[227]

In der neueren Gesetzgebung zum sozialen Recht finden sich jedoch auch Gesetze, die zwar zivilrechtliche Pflichten statuieren, aber, sieht man einmal von der teilweisen Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Sanktion des § 134 BGB ab, zivilrechtlich nicht sanktioniert sind.[228] In anderen Fällen wird die zivilrechtliche Sanktionsform nur sehr zurückhaltend verwendet.[229]

Die Sanktionierung erfolgt in diesen Fällen durch Ordnungswidrigkeitstatbestände.[230] Zusätzlich werden auch öffentlich-rechtliche Pflichten in diesen Gesetzen normiert, wie etwa Zulassungsvorschriften[231] sowie Buchführungs- und Auskunftspflichten[232] gegenüber der Behörde.

---

226) BGBl I, 625
227) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 242
228) z.B. MaBVO vom 11.06.1975, BGBl I, 1352 oder Heimgesetz vom 07.08.1974, BGBl I, 1873
229) so etwa im Fernunterrichtsschutzgesetz vom 24.08.1976, BGBl I, 2525 (§ 2 V)
230) z.B. § 21 FUSG; § 17 HeimG; § 18 MaBVO
231) z.B. § 12 FUSG; § 6 HeimG; nicht in der MaBVO, da bereits nach § 34 c GewO Erlaubnis erforderlich
232) siehe etwa § 20 FUSG; §§ 8, 9 HeimG; §§ 10, 14, 15 MaBVO

Die öffentlich-rechtliche Sanktionierung von zivilrechtlichen Pflichten ist vom Bundesrat als nicht unbedenklich bezeichnet worden, weil sie die Unübersichtlichkeit des Rechts fördert und einer Funktionsteilung zwischen Zivilgerichten und Verfolgungsbehörden zuwider läuft.[233] Überhaupt gibt es im Gesetzgebungsverfahren regelmäßig umfangreiche Diskussionen über die Art der Rechtsdurchsetzung.[234] So reichen etwa im Verbraucherschutzrecht die Vorschläge von der zivilen Durchsetzungsform, über die gemischte Anwendung der Sanktionsformen und die forcierte öffentlich-rechtliche Sanktionierung bis hin zur umfassenden Verwaltungskontrolle und zum Ombudsmann.[235] Der Rechtsdurchsetzung wird regelmäßig erhebliches Gewicht zugemessen, so zielen manche Änderungsgesetze hauptsächlich auf eine Verbesserung der Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten.[236]

---

233) Beschluß des Bundesrates zur VO zur Änderung der VO zur Durchführung des § 34 c GewO, Bundesratsdrucksache 179/75, S. 8

234) vergleiche etwa Ahrens, WRP 80, 129 - zur Entstehungsgeschichte des UWG -; oder Hippel, BB 73, 994 f; Brandner JZ 73, 617; Wolf, JZ 74, 41 (44) - alle zur Durchsetzungsform der Normen des AGBG -

235) siehe dazu etwa für das AGBG: von Hippel, BB 73, 994 f; Brandner JZ 73, 617; Wolf JZ 74, 41 (44); oder für das Wettbewerbsrecht: Schricker, GRUR Int 73, 694 ff oder für den Konsumentenkredit: Stauder ZPP 80, 217 (217, 221 f)

236) siehe etwa den Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, Begründung A 1, abgedruckt in WRP 78, 277 (279)

c) Gründe für die Wahl der Sanktionsform

aa) Wichtigstes Argument in der Diskussion ist in aller Regel der Gesichtspunkt der Effektivität der Rechtsdurchsetzung.[237] Wegen der unterschiedlichen Bewertung der den verschiedenen Sanktionsformen immanenten Vor- und Nachteile und der Unsicherheit der Effektivitätsprognose ergeben sich häufig völlig konträre Ansichten.[238]

Das Effektivitätsurteil ist auch von der Kenntnis der in den verschiedenen Sanktionsformen steckenden Möglichkeiten abhängig. So wurden etwa die Möglichkeiten der zivilrechtlichen Sanktionierung erst nach und nach erkannt.[239] Im Bereich des UWG stellte sich erst nach Erlaß des Gesetzes von 1896 heraus, daß weder die strafrechtlichen Sanktionen noch der zivilrechtliche Schadensersatzanspruch, um die sich die Diskussion im Reichstag vor Erlaß des Gesetzes praktisch ausschließlich gedreht hatte, wesentliche Bedeutung hatten, sondern daß der Unterlassungsanspruch, der zuvor fast unbeachtet geblieben war, die "Seele" des Gesetzes war.[240] Erst bei den Beratungen des UWG von 1909 wurde der Unterlassungsanspruch in den Vordergrund gerückt.[241] Dagegen haben die Bestimmungen des UWG, die öffentlich-rechtlich (strafrechtlich) sind, bis heute keine Bedeutung erlangt.[242]

---

237) wie 234), siehe aber auch z.B. Schricker, GRUR Int 73, 694 ff
238) wie 235)
239) Ahrens, WRP 80, 129 (130)
240) Ahrens, WRP 80, 129 ff
241) Ahrens, WRP 80, 129 (133)
242) Schricker, GRUR 79, 1 (3 f)
Reich, ZRP 78, 100

§ 4 UWG soll nunmehr praktikabler gefaßt werden.[243] Ein Erfolg dieser Maßnahme ist jedoch höchst zweifelhaft, da die Bestimmung weiterhin Privatklagedelikt und somit weitgehend[244] von privater Initiative abhängig bleibt und die Dunkelziffer sehr hoch ist.[245]

bb) Die Wahl der strafrechtlichen Sanktionsform wird auch mit der Strafwürdigkeit begründet; z.B. bei der geplanten Erweiterung des strafrechtlichen Verbotes irreführender Werbeangaben auch auf einfache und bedingt vorsätzliche Begehung oder bei der Einführung der Strafbarkeit der progressiven Kundenwerbung.[246] Das Abstellen auf die Strafwürdigkeit ist aber häufig nur ein Randmotiv mit rechtfertigendem Charakter in Bezug auf das übrige Strafrecht.[247] Bei besonders gefährlichen Handlungen[247a] mag das Motiv der Strafwürdigkeit einmal eine größere Rolle spielen, geht aber auch dann mit der Effektivitätsbetrachtung (Abschreckung etc.) Hand in Hand.

---

243) Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, abgedruckt in WRP 78, 277 ff

244) weil das öffentliche Interesse im Sinne von § 376 StPO kaum einmal bejaht wird; siehe dazu Kerl in WRP 78, 342 (343), der von 140 Anklagen zu Tatbeständen des UWG im Jahr 1974 in der gesamten Bundesrepublik ausgeht

245) Kerl, WRP 78, 342 (343 f)

246) B II, III des Regierungsentwurfes zur Änderung des UWG, abgedruckt in WRP 78, 277 (280 ff)

247) vergleiche dazu 246)

247a) wie etwa bei den "klassischen" Straftatbeständen, wie Mord, Raub, Brandstiftung etc.

cc) Motiv der Wahl einer Sanktionsform kann auch die Verhinderung der sonst notwendigen Wahl einer anderen Sanktionsform sein. So wird behauptet, daß der Gesetzgeber (oder Interessengruppen hinter ihm) die Verbaucherverbandsklage konzipiert habe, um den sonst notwendigen verwaltungsrechtlichen Schutz der Verbraucher zu umgehen.[248] Selbst wenn diese Behauptung nicht zutrifft, wird man sicher zugestehen müssen, daß die Interessen sozial mächtiger Gruppen nicht nur das materielle Recht, sondern auch die Wahl der Durchsetzungsform beeinflußen.

dd) In manchen Fällen mag auch das Bemühen um eine systematische Lösung der Durchsetzungsfrage eine Rolle spielen. So hätte etwa der Bundesrat im Fall der MaBVO die zivilrechtlichen Pflichten auch gerne zivilrechtlich durchgesetzt gehabt.[249]

ee) Dem öffentlichen Interesse an der Befolgung einer Norm kommt als Motiv für die Wahl der Sanktionsform, soweit ersichtlich, wenig Bedeutung zu. In den Diskussionen um die Wahl der Sanktionsform taucht es als Argument kaum auf.[250]

---

248) siehe dazu Damm, ZRP 78, 167 ff
249) Beschluß des Bundesrates zur VO zur Änderung der VO zur Durchführung des § 34 c GewO Bundesratsdrucksache 179/75, S. 8
250) siehe etwa zum UWG: Ahrens, WRP 80, 129 ff; Schricker GRUR 79, 1 ff

d) Die Aussagekraft der Wahl einer bestimmten Sanktionsform

Betrachtet man Grundsätze und Entwicklung des Sanktionssystems, wird deutlich, daß es für die Wahl der Sanktionsform kaum feste Maßstäbe gibt. Die theoretische Scheidung, daß ziviles Recht privaten Interessen dient, Strafrecht der Bekämpfung des sittlichen Unrechts und das Recht der Ordnungswidrigkeiten der Absicherung der Verwaltungstätigkeit, ist zu oft durchbrochen und auf den Kopf gestellt, als daß sie zu Schlußfolgerungen tauglich wäre.[251] Bei bestehenden Normen muß die Wahl der Sanktionsform aus der gegebenen historischen Situation beurteilt werden. Die Einflüße, die zur Wahl einer bestimmten Sanktionsform geführt haben, sind aber sehr vielfältig und oft auch undurchsichtig.[252] Gerade den, im demokratischen Staat auf die Gesetzgebung einflußnehmenden Interessengruppen, kann daran liegen, ihre Interessenpolitik nicht offenzulegen.

Keinesfalls kann aus der historischen Wahl der Sanktionsform automatisch auf das aktuelle öffentliche Interesse an der Befolgung einer Norm geschlossen werden, zumal auch dieses öffentliche Interesse den Wandlungen des Zeitgeistes unterworfen ist.

---

251) siehe dazu oben C II 2 und C III 1 a, b, c
252) siehe dazu oben C III 1 c

Der Gesetzgeber will regelmäßig mit der Wahl der Sanktionsform auch gar keine Aussage zur Höhe des öffentlichen Interesses an der Befolgung einer Norm machen, sonst dürfte er nicht den Gesichtspunkt der Effektivität absolut in den Vordergrund rücken.[253] Andererseits besteht ein öffentliches Interesse an der Effektivität zwingender Normen. Dieses Interesse bedingt, daß die wirkungsvollste Sanktionsform gewählt werden muß. Welche Sanktionsform am wirkungsvollsten ist, hängt von tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten ab. Die öffentlich-rechtliche Sanktionsform wird an Wirksamkeit in manchen Bereichen von der zivilrechtlichen Sanktionsform übertroffen.[254] Darüber hinaus gibt es viele Bereiche, die nur durch Zusammenwirken beider grundsätzlicher Sanktionsformen wirksam normiert werden können.[255]

Die Verwertbarkeit von Tatsachen bei der Feststellung der gewerblichen Unzuverlässigkeit hängt davon ab, ob sich aus ihnen eine zukünftige Gefährdung der Allgemeinheit ergibt. Kriterium der Verwertbarkeit ist nur die Eignung der Tatsache, eine zukünftige Gefährdung der Allgemeinheit darzulegen. In diesem Sinn ist die jeweils vorliegende Form der Sanktionierung kein Kriterium für die Verwertbarkeit. Die Form

---

253) siehe dazu etwa den Raum, der dem Wirksamkeitsargument in dem Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, abgedruckt in WRP 78, 277 ff, eingeräumt wird

254) so etwa im UWG, siehe dazu etwa Schricker GRUR Int 73, 694 (697)

255) siehe etwa Stauder ZRP 80, 217 (221) (zum Konsumentenkredit)
oder Reich ZRP 78, 100 (103) zum Wettbewerbsrecht

der Sanktionierung läßt nämlich keine hinreichend sicheren Schlüsse auf die Höhe des öffentlichen Interesses an der Befolgung und damit auf die, weitgehend gekoppelte, Gefährlichkeit des Normverstoßes für die Allgemeinheit, zu.

2. Das Kriterium des sozialen Inhaltes der Norm

a) Das soziale Recht

Wie bereits oben[256] dargelegt, kommt der moderne Staat seinen sozialstaatlichen Pflichten im Rahmen der Gesetzgebung mit der Schaffung sozialen Rechts nach. Unter sozialem Recht werden Normen verstanden, die die Förderung eines gerechten gesellschaftlichen Innenausgleichs zum Zweck haben.

Klassisches soziales Recht sind etwa die Generalklauseln der §§ 138, 826 BGB, die zur Beurteilung menschlichen Verhaltens auf zunächst außerrechtliche Maßstäbe, wie etwa die "guten Sitten", verweisen. Diese Normen sind zwingend ausgestaltet, weil sie aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich sein sollen.[257] Der Gesetzgeber ist nun nicht bei den Generalklauseln stehen geblieben, sondern hat zu ihrer Konkretisierung und Ausformung in erheblichem Umfang Normen erlassen.

256) C I 2
257) BVerfGE 7, 206

Dieses Recht findet sich typischerweise dort, wo soziale Ungleichgewichtsverhältnisse gegeben sind und der sozial Schwächere aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit nur Nachteile zu erwarten hat.[258] Daher schränken diese zwingenden Normen die, tatsächlich nur zu Gunsten des sozial Mächtigeren bestehende, Vertragsfreiheit ein.

Solches soziales Recht sind etwa das Abzahlungsgesetz, das Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung, die Makler- und Bauträger-Verordnung, das Fernunterrichtsschutzgesetz, das Heimgesetz mit Verordnungen und das Wettbewerbsrecht, soweit es verbraucherschützend ist. Soziales Recht ist aber nicht nur konzentriert in bestimmten Gesetzen erlassen, sondern auch einzeln in anderen Gesetzen verstreut. Beispiele sind etwa § 56 GewO, der im Reisegewerbe bestimmte Tätigkeiten verbietet oder die §§ 651 a - k BGB, die das Reisevertragsrecht zwingend regeln.

b) An der Befolgung sozialen Rechts besteht im Sozialstaat notwendig ein öffentliches Interesse.[259] Der Verstoß gegen soziales Recht richtet sich gegen Personengruppen, die zur eigenständigen und ausreichenden Wahrnehmung ihrer Interessen re-

---

258) so etwa im Verhältnis Arbeitgeber - Arbeitnehmer, Vermieter - Mieter, Gewerbetreibender - Kunde

259) Radbruch, a.a.O., S. 227

gelmäßig nicht in der Lage sind. Gerade die unbefriedigende gesellschaftliche Situation dieser Personengruppe hat den Gesetzgeber veranlaßt, Normen zur Verbesserung der Situation dieser Personen zu erlassen.[260] Wird daher gegen soziales Recht verstoßen, ist der vom Gesetzgeber gewollte und als gerecht angesehene Interessenausgleich gefährdet.[261] Die Verletzung sozialen Rechts durch den Gewerbetreibenden ist deshalb besonders gefährlich für die Gerechtigkeitsinteressen der Allgemeinheit und verdient daher bei der Feststellung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit erhöhte Beachtung.

Ein Grund zur verstärkten Berücksichtigung der Verstöße gegen soziales Recht wird vor allem dann vorliegen, wenn die verletzte Norm gerade zum Ausgleich des sozialen Ungleichgewichts zwischen Gewerbetreibenden und Kunden dient, weil insoweit dann eine besondere Gefährlichkeit der Gewerbeausübung gegeben ist.

---

260) in Vollzug des Sozialstaatsauftrages, der laufend Eingriffe und Regulationen durch den Staat erfordert - Zippelius, a.a.O., S. 214

261) es widerspricht dem Sozialstaatsprinzip, wenn der vom Gesetzgeber gewollte Interessenausgleich wesentlich verändert wird - Krause BB 55, 265 (269) (im Hinblick auf die weitgehende Abbedingung dispositiven Rechts)

3. Das Kriterium des Wettbewerbsschutzes

a) Allgemeines zum Wettbewerbsschutz

Die Allgemeinheit hat ein starkes Interesse am Bestand eines leistungsfähigen freien Wettbewerbes.[262] Er ist ein Grundpfeiler unserer Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.

Der Wettbewerb wird im wesentlichen durch UWG und GWB geschützt. Beide Gesetze bekämpfen den Mißbrauch wirtschaftlicher Betätigung im Interesse der einzelnen Marktteilnehmer und der Allgemeinheit.[263] Das UWG schützt primär die Lauterkeit, das GWB primär die Freiheit des Wettbewerbs, beide Gesetze befassen sich aber häufig mit ähnlichen Sachverhalten[264] und sind als verschiedene Zweige einer Gesamtordnung des Wettbewerbs aufzufassen.[265]

b) Schäden durch Lauterkeitsverstöße

Die durch Wettbewerbsverstöße der Allgemeinheit und den einzelnen Marktteilnehmern zugefügten Schäden sind insgesamt sehr hoch und entstehen, im Zeitalter des Massenkonsums, zunehmend kaum überschaubaren Kreisen der privaten Letztverbraucher, aber auch anderen Gewerbetreibenden.[266]

---

262) Hefermehl in Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, Allgemeine Grundlagen, RdNr 79
263) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen, RdNr 87, 88
264) Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, Begründung B VI 2., abgedruckt in WRP 78, 277
265) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen, RdNr 86
266) siehe dazu Kerl, WRP 78, 342 und Schricker GRUR 79, 1 (2 f)

Die Schäden entstehen durch Umlenkung der Kundenströme und dadurch, daß die Verbraucher dazu gebracht werden, Verträge abzuschließen, die sie ohne Wettbewerbsverstoß des Gewerbetreibenden nicht abgeschlossen hätten.[267] Vorsichtige Schätzungen aus einer rechtstatsächlichen Untersuchung, die mit Hilfe der aus demoskopischen Untersuchungen geschlossenen Dunkelziffer hochgerechnet wurden, ergaben allein bei den privaten Letztverbrauchern einen jährlichen Gesamtschadensbetrag von mindestens 1,5 Mrd. DM.[268]

c) Schäden im GWB-Bereich

Die durch Verstöße gegen das GWB verursachten Schäden sind weniger quantifizierbar.

Mißbräuche der Preispolitik, die etwa im Bereich der Mineralölkonzerne nicht ausgeschlossen erscheinen und anderes mehr, lassen hohe Schäden jedoch ebenfalls als wahrscheinlich erscheinen.

d) Verwertbarkeit bei der Feststellung der gewerblichen Unzuverlässigkeit

Wegen der hohen Schäden und der aus der hohen Dunkelziffer hervorgehenden, geringen Abwehrfähigkeit der Verbraucher stellen sich Wettbewerbsverstöße als der Allgemeinheit besonders gefährlich dar.

---

267) siehe etwa v. Falckenstein WRP 78, 502 (507 ff) oder Schricker GRUR 79, 1 (2 f)

268) v. Falckenstein, WRP 78, 502 (509 f)

Das Wettbewerbsrecht hat auch eine soziale Funktion,[269] wenn es auch wegen seiner Komplexität nicht in jedem Fall als soziales Recht angesprochen werden kann.

Den Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht muß daher bei der Feststellung der gewerblichen Unzuverlässigkeit besonderes Gewicht zugemessen werden, zumal derartige Verstöße besonders gefährlich zu sein pflegen und der Gewerbetreibende laufend Gelegenheit zu diesen berufsspezifischen Verstößen hat.

4. Zusammenfassung

Wegen der Zweckausrichtung des Unzuverlässigkeitsbegriffes sind zu seiner Feststellung nur Tatsachen verwertbar, aus denen sich auf eine relevante Gefährdung der Allgemeinheit schließen läßt.

Grundsätzlich in Betracht kommen alle Normverstöße. Kriterium zu ihrer Bewertung ist jedoch nicht die Form, mit der die betreffende Norm durchgesetzt werden kann, sondern der Inhalt der Norm. Vor allem die Normen des sozialen Rechts sind gegen Verstöße besonders empfindlich, weil die mit diesen Normen geschützten Personen in geringerem Umfang abwehrfähig sind. Gleiches gilt für die Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht, das allerdings, jedenfalls zum größten

---

269) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen, RdNr 79

Teil, als soziales Recht angesprochen werden muß. Soweit das soziale Recht auf das typische Ungleichgewichtsverhältnis Gewerbetreibender - Kunde zugeschnitten ist, handelt es sich um berufsspezifisches Recht, zu dessen Verletzung der Gewerbetreibende laufend Gelegenheit hat. Beim Wettbewerbsrecht ist dies ohnehin der Fall. Gewerbetreibende, die zu derartigen Verstößen neigen, sind daher der Allgemeinheit besonders gefährlich.

IV. Notwendigkeit der Berücksichtigung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit

1. Die unbefriedigende Situation

Es gibt eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden, die systematisch ziviles Recht verletzen und sich dadurch erhebliche wirtschaftliche Vorteile auf Kosten der gesetzestreuen Konkurrenz und der Verbraucher verschaffen.[270] Geschickt betrieben sind derartige Gesetzesverletzungen weitgehend risikolos.[271] Häufig sind die Geschädigten, da gezielt unter der sozial schwachen Schicht ausgewählt, wenig abwehrfähig. So wenden sich unlautere Praktiken von Gewerbetreibenden oft bewußt und bevorzugt an Bevölkerungsschichten, die in geringerem Maße beweglich und rechtskundig sind, wie etwa ältere Leute, Hausfrauen und Kinder.[272] Eine Abschöpfung der Gewinne aus Geschäften, die unter Verletzung ziviler Gesetze erzielt wurden, findet so gut wie nicht statt.[273] Schadensersatzklagen sind zwar in einigen Bereichen möglich,[274] haben jedoch keine praktische Bedeutung. Die ganz überwiegende Mehrheit der Geschädigten wehrt sich überhaupt nicht.[274a] Die aus den gesetzeswidrigen Geschäften mit dieser Mehrheit erzielten Gewinne

---

270) Schricker GRUR 79, 1 (3), v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 174

271) Schricker GRUR 79, 1 (3) in Bezug auf unlauteren Wettbewerb

272) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 171

273) Schricker GRUR 79,1 (2 f) in Bezug auf unlauteren Wettbewerb

274) z.B. nicht für den durch wettbewerbsrechtliche Verstöße geschädigten privaten Letztverbraucher, siehe etwa Schricker ZRP 75, 189 ff

274a) nach einer demoskopischen Untersuchung wenden sich in Deutschland im Schnitt nur 1 % der Verbraucher, die sich übervorteilt fühlen, an einen Verbraucherverband - siehe Schricker GRUR 79,1 (2)

sind dem Gewerbetreibenden daher sicher.[275] Diese Lethargie der Mehrheit hat ihre Ursache auch darin, daß der beim einzelnen verursachte Schaden häufig nicht sehr groß ist, aber sich durch massenweise Verursachung gewaltig summiert.[276]

Die Unterlassungsverpflichtung wirkt nur für die Zukunft, dem Gewerbetreibenden ist es überdies ein leichtes, durch Wechsel von Geschäftspraktiken und Firma aus der Verpflichtung herauszukommen.[277]

Auch die Verleihung der Klagebefugnis an die Verbraucherverbände hat gegenüber den unseriösen Gewerbetreibenden wenig nützen können.[278] Insbesondere die geringen, den Verbänden zur Verfügung stehenden finanziellen Mittel hindern in kostenträchtigen Fällen die Rechtsverfolgung durch die Verbraucherverbände. So sind sie etwa bewußt nicht gegen Unternehmen vorgegangen, die mit Schneeballsystem arbeiten. Die Verbände können der Gegenwehr dieser finanziell sehr potenten Unternehmen nicht standhalten. Die Wettbewerbsverstöße sind sehr geschickt getarnt, im Fall trotzdem drohender rechtlicher Konsequenzen pflegen diese Unternehmen Konkurs anzumelden. Damit verbleiben den Verbänden als Zweitschuldner die Kosten des Rechtsstreits.[278a]

---

275) siehe dazu auch Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, B IV 9, abgedruckt in WRP 78, 277 (288)
276) so auch Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, B IV 6, abgedruckt in WRP 78, 277 (285)
277) siehe dazu Schricker GRUR 79, 1 (3); v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 174
278) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 174, 236
278a) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 88

Das Strafrecht leistet in diesem Bereich sehr wenig.[279] Soweit überhaupt Straftatbestände erfüllt werden, sind diese häufig nicht nachweisbar.[280] Das Strafrecht ist insgesamt auf den Individualschutz zugeschnitten und zur Bekämpfung von Massenverstößen schon wegen der hohen Beweisanforderungen nicht geeignet.[281]

Auch die Verwaltungskontrolle leistet in diesem Zusammenhang wenig, Gewerbeunterbindungsmaßnahmen wegen zivilrechtlicher Verstöße kommen nur ganz ausnahmsweise vor.[282]

Der private Letztverbraucher, der durch unseriöse Praktiken von Gewerbetreibenden geschädigt wird, ist meist sozial erheblich schwächer als diese. Er ist dem verkaufspsychologisch geschulten[283] und mit allen Tricks[284] arbeitenden Gewerbetreibenden bzw. dessen Beauftragten nicht gewachsen. Im Auseinandersetzungsfall sieht er sich einem wirtschaftlich regelmäßig stärkeren Gegner ausgesetzt, der auf Streitfälle dieser Art vorbereitet ist und häufig schon im prozessualen Vorfeld die Weichen gestellt hat.[285] Der Verbraucher hat oft keine Beweise für sein Vorbringen, da er bei Abwicklung des Geschäfts auf

---

279) Kerl, WRP 78, 342
280) Schricker GRUR Int 73, 694 (698)
281) wie 279)
282) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 230, 231
283) siehe für das "Haustürgeschäft": Bartsch ZRP 73, 219 (220 f)
284) zu den zahlreichen Tricks, das Widerrufsrecht bei Abzahlungsgeschäften zu umgehen: v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 99; zu weiteren Praktiken siehe auch 283)
285) z. B. durch einseitige Beweissicherung

Beweissicherung keinen Wert gelegt hat und diese häufig auch, wie etwa beim Direktvertrieb, kaum möglich ist.[286]

2. Notwendigkeit des Eingreifens

Der soziale Rechtsstaat darf derartige Situationen, in denen der von ihm durch zwingendes Recht geregelte Interessenausgleich der Privaten untereinander nicht funktioniert, nicht tatenlos hinnehmen. Die Sozialstaatsverpflichtung erfordert ein Tätigwerden.[287] Bevor nun versucht wird, diesen Mißständen im Wege der Rechtssetzung zu begegnen, sollten bestehende Möglichkeiten zum Einschreiten genutzt werden.[288]

Im Wege der Rechtsanwendung bestehen durchaus Möglichkeiten, diesen unseriösen Gewerbetreibenden beizukommen. Die Notwendigkeit des Eingreifens der Verwaltung in solchen Fällen wird von Rechtsprechung und Lehre grundsätzlich bejaht.[289] Gerade auch unkritische Personen müssen durch die Verwaltung geschützt

---

286) da der Verkauf an der Haustüre regelmäßig unter vier Augen abgeschlossen wird

287) siehe oben C I 2; BVerfGE 22, 180 (204);
oder etwa für den Bereich der Haustürgeschäfte:
Bartsch, ZRP 73, 219 (221 f)

288) für die Aktivierung bestehender Vorschriften auch Löwe in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, AGBG, S 411 (bezüglich der Kontrolle von AGB);
aber auch v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 249 (zum Wettbewerbsrecht)

289) HessVGH vom 19.01.1972, abgedruckt in GewA 72, 123 (124);
Ryffel, a.a.O., S. 471, tritt für eine umfassende Daseinsvorsorge durch den Staat ein;
Hellwig, a.a.O., S. 43, tritt für einen staatlichen Schutz des gutgläubigen Vertrauens in Gewerbetreibende ein

werden.[290] Bei der umfassenden staatlichen Kompetenz zur Wirtschaftsaufsicht ist der Gewerbetreibende, der unbehelligt sein Gewerbe ausübt, in den Augen des Verbrauchers mit dem Zuverlässigkeitssiegel der Verwaltung ausgestattet.

Betrachtet man die neuere Rechtsprechung zum Amtshaftungsrecht, erscheint es durchaus möglich, daß die Gerichte den durch unseriöse Gewerbetreibende geschädigten Verbraucher als "geschützten Dritten" betrachten und die, gegen das unseriöse Treiben nicht eingreifenden Verwaltungsbehörden, zu Schadenersatz verurteilen.[291]

3. Das geeignete Mittel

Soweit unseriösen Gewerbetreibenden mit den verschiedenen Sanktionen nicht beizukommen ist,[292] bietet sich die Gewerbeunterbindung als eine Maßnahme an, die dem Gewerbetreibenden, jedenfalls zukünftig, die Möglichkeit zur Verletzung zivilen Rechts weitgehend nimmt. Vor allem bei der Gewerbeausübung können aus der Verletzung zivilen Rechts erhebliche wirtschaftliche Vorteile gezogen werden. Die Verletzung zivilen Rechts durch Vertreter und andere, vom Gewerbetreibenden beauftragte Personen,

---

290) HessVGH vom 19.01.1972, abgedruckt in GewA 71, 123 (124)

291) siehe dazu BGH, Urteil vom 15.02.1979 in NJW 79, 1354; BGH, Urteil vom 12.07.1979 in NJW 79, 1879; sowie die Anmerkung von Kopf und Bäumler in NJW 79, 1871

292) siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 159, 236

die am wirtschaftlichen Ergebnis beteiligt sind, kann allerdings mit Gewerbeunterbindungsmaßnahmen nicht abgestellt werden. Möglich ist es aber, dem Gewerbetreibenden die Gewerbeausübung zu unterbinden, wenn er nachhaltig oder immer wieder Vertreter oder Beauftragte beschäftigt, die sich nicht an die Gesetze halten, weil der Gewerbetreibende selbst dann als unzuverlässig anzusehen sein kann.[293)]

Gewerbeunterbindungsmaßnahmen sind keine Sanktionen, sondern präventiver Natur.[294)] Verstöße gegen zivile Normen sozialer oder wettbewerbsrechtlicher Art sind in besonderem Maße geeignet, die Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden darzulegen, da es sich um berufsspezifische Verstöße handelt, deren Begehung weitgehend erst durch die Gewerbeausübung ermöglicht und begünstigt wird.[295)]

Daß diese berufsspezifischen Normen zu einem erheblichen Teil nur zivilrechtlich sanktioniert sind, ist unerheblich. Die Verwertbarkeit von Normverstößen ist nicht von der Sanktionsform abhängig, sondern vom Inhalt der Norm, da nur dieser hinreichend sichere Schlüsse auf die Gefährdung der Allgemeinheit durch Normverstöße zuläßt.[296)]

---

293) häufig verschulden die Gewerbetreibenden durch die am Existenzminimum liegende Vergütung ihrer Beauftragten deren gesetzeswidriges Vorgehen, siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103

294) Fuhr, a.a.O., Nr 3 a zu § 35

295) daß berufsspezifische Verstöße in besonderem Maß zu berücksichtigen sind, ergibt sich auch aus der bayer. Verwaltungsvorschrift zu § 35 GewO - WVMBl 75 Nr. 1, 3.1.2.

296) siehe dazu oben C III

4. Die Einschreitschwelle

Das Verhalten des Gewerbetreibenden muß erkennen lassen, daß er die durch die zwingenden zivilrechtlichen Normen abgesteckten, gerechten Grenzen des gesellschaftlichen Innenausgleichs nicht einhalten will.

Ein derartiges unseriöses Streben des Gewerbetreibenden wird man immer dann annehmen können, wenn Verstöße gegen zwingende Normen die Regel bei den abgewickelten Geschäften darstellen. Die geringe Höhe des dem einzelnen Verbraucher zugefügten Schadens darf keine Rolle spielen, weil massenweise Verstöße, die zu Gesamtschäden in Millionenhöhe führen,[297] der Allgemeinheit mindestens genauso gefährlich sind, wie der dem einzelnen zugefügte Millionenschaden.

Eine Unerheblichkeitsgrenze, wie sie für die Verwertung von Verstößen gegen Ordnungswidrigkeiten diskutiert wird,[298] darf bei Verstößen gegen zivile Normen mit sozialem oder wettbewerbsrechtlichem Zweck nicht gegeben sein. Das Ordnungswidrigkeitenrecht ist mehr auf den Einzelverstoß hin ausgerichtet, eine massenweise Begehung derartiger Normverstöße ist ungewöhnlich. Eine Unerheblichkeitsgrenze ließe sich beim Ordnungsrecht möglicherweise deshalb rechtfertigen, weil der Gewerbetreibende aus

---

297) siehe etwa das Fruchtsaftbeispiel bei Schricker, GRUR 79, 1 (3): Der Schaden betrug beim Erwerb einer Flasche 70 - 90 Pfennig, der Gesamtschaden weit über eine Million DM

298) siehe etwa Fuhr, a.a.O., RdNr 3 b zu § 35; Kienzle, GewA 74, 253

dieser Art Verstöße häufig gar keine greifbaren Vorteile schöpfen wird. Völlig anders liegen die Dinge beim Verstoß gegen die zivilen Normen sozialer und wettbewerbsrechtlicher Art. Hier ist der Massenverstoß der Regelfall, ebenso der dem einzelnen zugefügte relativ geringfügige Schaden[299] und der häufig erhebliche Vorteil des Gewerbetreibenden aus der Normverletzung. Wollte man hier eine Unerheblichkeitsgrenze einführen, hieße das auf den Schutz durch Gewerbeunterbindungsmaßnahmen weitgehend überhaupt zu verzichten. Eine derartige Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechts wäre aber sozialstaatswidrig.[300]

Aber auch dann, wenn der Gewerbetreibende nur bei einer Minderzahl der im Rahmen seines Unternehmens abgewickelten Geschäfte gegen ziviles Recht verstößt, kann eine Gewerbeunterbindungsmaßnahme notwendig sein. So etwa dann, wenn der Gewerbetreibende unter seiner Kundschaft nur bestimmte, besonders schutzwürdige Gruppen durch den Verstoß gegen ziviles Recht schädigt. Zu denken wäre etwa an einen Gewerbetreibenden, der seine Geschäfte zwar regelmäßig ohne Gesetzesverstoß abwickelt, aber bei ihm unbedarft und ungewandt erscheinenden Kunden grundsätzlich Schädigungen durch zum Vertragsabschluß führendes Ausüben psychischen Terrors herbeiführt.[301]

---

299) siehe dazu v. Falckenstein, WRP 78, 504 (507 ff) (zum Wettbewerbsrecht);
Schricker GRUR 79, 1 (2 f) (zum Wettbewerbsrecht);
siehe auch den in WRP 78, 150 abgedruckten Fall

300) siehe dazu oben C I 2 in Verbindung mit C III

301) siehe etwa v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 74 (Praktiken unseriöser Haustürwerber)

Ob nun der Gewerbetreibende selbst oder seine Vertreter und Beauftragten sich rechtswidrig verhalten, macht für den Verbraucher keinen wesentlichen Unterschied in der Gefährlichkeit. Ein Einschreiten gegen den Gewerbetreibenden ist jedenfalls dann angezeigt, wenn er immer wieder unseriöse Vertreter oder Beauftragte beschäftigt oder sich, trotz Anweisung der Verwaltungsbehörde, nicht von ihnen trennt.[302] Sind die vom Gewerbetreibenden den Vertretern oder Beauftragten eingeräumten Konditionen so miserabel, daß sie erfahrungsgemäß zu unseriösem Vorgehen gegenüber den Kunden zur Erreichung eines Minimalverdienstes gezwungen sind,[303] wird ein Einschreiten ohne weiteres möglich sein.[303a] In solchen Fällen ist klar erkennbar, daß die Gefährdung der Allgemeinheit vom Gewerbetreibenden selbst ausgeht.

Den Willen des Gewerbetreibenden, die durch zivile Normen abgesteckten Grenzen des gerechten gesellschaftlichen Innenausgleiches nicht einzuhalten, wird man vor allem dann bejahen können, wenn die Verstöße bei sozial besonders schutzwürdigen Gruppen hohe Schäden im Verhältnis zu deren Einkommen verursacht haben. In solchen Fällen können wenige Verstöße (2 - 3) zum Einschreiten genügen. Meist ist hier der Mißbrauch der Gewerbeausübung evident und die Gefährdung der Allgemeinheit, wegen der geringen Abwehrfähigkeit, besonders hoch.

---

302) so kann etwa nach Sieg-Leifermann, a.a.O., Anm 6 zu § 35, das Verhalten von Gehilfen für die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden von Bedeutung sein, wenn dieser etwa Verstöße der Gehilfen duldet

303) siehe dazu das Beispiel bei von Falckenstein, a.a.O., RdNr 103 (Zeitschriftenwerber)

303a) a.A. der VGH Baden-Württemberg im Urteil vom 04.06.1973, abgedruckt in GewA 73, 286, 290

Je geringer der Verstoß gegen ziviles Recht den einzelnen Betroffenen belastet und je größer die Abwehrfähigkeit der Mehrzahl der Betroffenen ist, desto höher werden die Eingriffsvoraussetzungen. Man wird den Willen zur Mißachtung der zivilen Normen in Fällen, in denen der einzelne nicht erheblich geschädigt wird (Schäden bis 1 - 5 DM), nicht ohne weiteres aus einem vielfachen Verstoß entnehmen können. Bei derartigen Sachverhalten müssen weitere einschlägige Umstände hinzutreten. Solche Umstände können in der klaren Erkennbarkeit des Verstoßes für den Gewerbetreibenden in Verbindung mit einem hohen Gesamtschaden bestehen. Sie können aber auch darin liegen, daß der Gewerbetreibende schon anderweitig gegen einschlägiges ziviles Recht verstoßen hat.

Als Beispiel wäre an einen Gewerbetreibenden zu denken, der durch irreführende Etikettierung ein Getränk zu einem, durch die Qualität des Inhalts nicht gerechtfertigten Preis verkauft, wobei der Schaden bei 1 DM pro Flasche und einer Million DM insgesamt liegt.[304] War der Verstoß für den Gewerbetreibenden klar erkennbar, kann sich aus dieser einen Aktion eine relevante zukünftige Gefährdung der Allgemeinheit ergeben. Dies vor allem dann, wenn derartige Fälle schon mehrfach vorgekommen sind. Dann wird man regelmäßig auf eine relevante Gefährdung der Allgemeinheit schließen können, weil mehrfache Verstöße meist auf eine Mißachtung des durch die zivilen Normen bestimmten gerechten gesellschaftlichen Interessenausgleichs schließen lassen. Der erneute Verstoß gegen zivile Normen, obwohl diesbezüglich für den Gewerbetreibenden schon gerichtlich die Unterlassungspflicht festgestellt wurde oder

---

304) eines der von Schricker in GRUR 79, 1 (3) aufgezählten Beispiele

er freiwillig (Unterwerfungserklärung) eine solche eingegangen ist, wiegt in diesem Zusammenhang besonders schwer, weil der Verstoß für den Gewerbetreibenden dann regelmäßig ganz klar erkennbar gewesen sein wird.

Die Tatsache, daß der Gewerbetreibende bereits mehrfach zur Unterlassung verurteilt wurde oder freiwillig Unterwerfungserklärungen abgegeben hat (um einer diesbezüglichen Verurteilung zu entgehen), wird in Zusammenhang mit neuen Verstößen regelmäßig ein Einschreiten erfordern. Gleiches wie für die feststehende Unterlassungspflicht gilt sinngemäß bei Abmahnungen eines bestimmten, zivilrechtliche Normen verletzenden Verhaltens durch die Verwaltungsbehörde.

Zusammenfassend wird ein Einschreiten gegen Gewerbetreibende durch Gewerbeunterbindungsmaßnahmen etwa in folgenden kasuistisch aufgezählten Fällen möglich und notwendig sein:

1) Schäden bei besonders schutzwürdigen Gruppen; der Verstoß war für den Gewerbetreibenden klar erkennbar.

   Es genügen wenige (2 - 3) Verstöße, wenn der Schaden den einzelnen hart getroffen hat (Schaden über dem Monatseinkommen des Geschädigten).

   Sind die Schäden beim einzelnen geringer, muß der Gesamtschaden mindestens mehrere Tausend DM betragen.[305)]

---

305) in Anlehnung an die Handhabung der Praxis und der Gerichte, Gewerbeuntersagungen bei Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen zur Sozialversicherung auszusprechen - siehe dazu bayer. Verwaltungsvorschrift zu § 35 GewO, WVMBl 75 Nr. 1, 3.1.4.4

2) Schäden beim durchschnittlichen Verbraucher; der Verstoß war für den Gewerbetreibenden klar erkennbar.

Bei Schäden, die den einzelnen hart treffen (über einem Monatseinkommen), genügen wenige Verstöße.

Geringe Schäden (unter etwa 5 DM) im Einzelfall, aber hohe Gesamtschäden (Größenordnung 100.000,-- DM), können ebenfalls ausreichen.

3) Schäden bei besonders schutzwürdigen Gruppen; der Verstoß war für den Gewerbetreibenden nicht völlig klar erkennbar.

In derartigen Fällen werden regelmäßig auch noch anderweitige Verstöße gegeben sein müssen, das heißt, der Gewerbetreibende muß schon einschlägig aufgefallen sein.

Lediglich in krassen Fällen (entweder vom Einzelschaden her oder vom Gesamtschaden) wird auf dieses zusätzliche Erfordernis verzichtet werden können.[306]

4) Schäden bei durchschnittlichen Verbrauchern, ohne daß der Verstoß klar erkennbar war.

Wie 3), jedoch mit niedereren Anforderungen hinsichtlich des einschlägigen "Auffallens" des Gewerbetreibenden.

---

306) in derartig krassen Fällen wird der Verstoß häufig klar erkennbar gewesen sein

Ist der Schaden beim einzelnen gering, wird man auch bei sehr hohen Gesamtschäden (Größenordnung 1 Million DM) anderweitige einschlägige Verstöße verlangen müssen (z.B. gegen festgestellte Unterlassungspflichten oder erteilte Abmahnungen u.s.w.)

5) Die Ziffern 1) bis 4) gelten sinngemäß für Schäden, die Vertreter oder Beauftragte des Gewerbetreibenden verursacht haben.

Hinzu kommen muß in diesen Fällen, daß der Gewerbetreibende immer wieder Leute beschäftigt, die die Kundschaft durch Rechtsverstöße schädigen. Bezahlt der Gewerbetreibende seine Leute sehr schlecht, wo wird schneller eingegriffen werden können.

Die vorstehenden Fälle sind nur der Versuch, eine grobe Faustregel aufzustellen, in welchen Fällen weitere erhebliche Normverstöße zu erwarten sind und daher, wegen der Gefährdung der Allgemeinheit, Gewerbeunterbindungsmaßnahmen erwogen werden müssen. Ob und welche Maßnahme dann getroffen wird, ist stark einzelfallabhängig. Häufig wird auch eine teilweise Untersagung der Gewerbeausübung in den zu Gefährdungen besonders neigenden Bereichen genügen.

Abmahnungen können und sollen immer dann erfolgen, wenn nicht völlig unerhebliche Verstöße gegen relevantes ziviles Recht (sozial- und wettbewerbsrechtlich) der Behörde bekannt werden.

Für die Prognose der Allgemeingefährdung durch den Gewerbetreibenden auf Grund vorliegender zivilrechtlicher Normverstöße dürften vor allem folgende Faktoren eine Rolle spielen:

Erkennbarkeit des Verstoßes für den Gewerbetreibenden

Schutzbedürfnis der Geschädigten

Höhe des Einzelschadens

Höhe des Gesamtschadens.

Hinzutretende weitere Gesichtspunkte:

Festgestellte Unterlassungspflichten oder Abmahnungen in anderem Zusammenhang

Verstöße gegen festgestellte Unterlassungspflichten oder Abmahnungen

andere einschlägige Verstöße gegen zivile Normen des sozialen Rechts oder des Wettbewerbsrechtes

die übrigen zum Gesamteindruck der Person des Gewerbetreibenden gehörenden Faktoren.

D. Einzelfälle

I. § 138 BGB

1. Grundsätzliches

Die Norm des § 138 BGB ist eine klassische Einschränkung der Vertragsfreiheit. Nach ihr sind alle sittenwidrigen Geschäfte nichtig. Sittenwidrig ist, was gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, wobei durchschnittliche Maßstäbe anzulegen sind.[306a] § 138 BGB ist soziales Recht, da er unsittliche Geschäfte als rechtlich unwirksam normiert und somit Einfluß auf den gesellschaftlichen Interessenausgleich nimmt. Die Sittenwidrigkeit kann sich aus Inhalt oder Gesamtcharakter eines Rechtsgeschäfts ergeben.[307] Zu berücksichtigen ist vor allem das im Grundgesetz verkörperte Wertsystem. Die Generalklausel des § 138 ist eine der Einbruchsstellen der Grundrechte in das zivile Recht.[308] Es sind jedoch auch andere Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung zu beachten.[309] Die Sozialstaatsklausel bestimmt den Begriff der Sittenwidrigkeit mit.[310]

306a) BGH-Urteil vom 09.07.1953, BGHZ 10, 232
307) Heinrichs in Palandt, Anm 1 c zu § 138
308) BVerfGE 7, 206
309) BVerfGE 24, 251 f
310) BVerfGE 8, 329; Lehmann, NJW 81, 1237 bezeichnet § 138 BGB als "Einbruchstelle für Wertungen, die von dem Sozialmodell des Wirtschaftsrechtes auf das bürgerliche Recht ausstrahlen" (mit weiteren Nachweisen)

Der in der Rechtsprechung seit langem anerkannte Grundsatz, mit Hilfe des § 138 BGB sei dem Mißbrauch wirtschaftlicher Macht entgegenzuwirken, muß fortentwickelt und nachdrücklicher als bisher gehandhabt werden.[311] Es gilt aber auch den Mißbrauch intellektueller Macht zu verhindern. Nur durch die Unterbindung des Mißbrauchs der Privatautonomie kann diese in ihren wesentlichen Zügen der gesamten Gesellschaft erhalten werden.[312]

2. Praktische Bedeutung des § 138 BGB für den Gewerbetreibenden

Für den Gewerbetreibenden bedeutet § 138 BGB, daß er bei Rechtsgeschäften nicht gegen die herrschende Rechts- und Sozialmoral verstoßen darf.

a) Besondere Bedeutung hat § 138 BGB in der speziellen Ausformung des Wuchers (§ 138 II BGB). Danach darf die schlechte Position des Vertragspartners (Zwangslage, Unerfahrenheit, Mangel an Urteilsvermögen, erhebliche Willensschwäche) nicht dazu benutzt werden, von ihm einen Preis zu verlangen, der in einem auffälligen Mißverhältnis zu der Gegenleistung steht.

Der Sachwucher (Verkauf zu überhöhten Preisen) wurde schon bei Verteuerung des Kaufgegenstandes um

---

311) Heinrichs, a.a.O., Anm. 1 b zu § 138
312) siehe dazu Bartsch, ZRP 73, 219 (222)

mehr als 155 % angenommen, wenn der Käufer Preis- und Qualitätsunterschiede auf dem Markt für diesen Gegenstand nicht kennt und in der konkreten Situation auch nicht feststellen kann.[313] Derartige Situationen dürften bei Kaffeefahrten, aber auch beim Verkauf an der Haustür[314] oder bei anderen Werbeveranstaltungen öfters gegeben sein.

Bei Kaffeefahrten sind Gewinnspannen von 400 - 1000 % üblich.[315] Dies kommt regelmäßig einer Verteuerung gegenüber dem Markt in der oben angegebenen Größenordnung (155 %) gleich. Auch bei Haustürgeschäften und anderen Veranstaltungen des Direktverkaufs dürften derartige Überteuerungen nicht selten sein.

Ein Zinswucher wurde schon dann bejaht, wenn die geforderten Zinsen die marktüblichen Zinsen um mehr als 100 % übersteigen.[316] Derartige Fälle sind vor allem bei den von Teilzahlungsbanken gewährten Krediten keine Seltenheit.[317] Zum Teil werden Darlehensverträge auch nach § 138 I BGB als sittenwidrig angesehen.[318]

Der Konsumenten- bzw. Teilzahlungskredit spielt insgesamt eine erhebliche Rolle, fast jeder zweite deutsche Haushalt nimmt derartige Kredite in Anspruch.[319]

---

313) LG Trier, Urt. vom 09.10.1973 in NJW 74, 151 (152)
314) Bartsch ZRP 73, 219 (221), nur zur fehlenden Vergleichsmöglichkeit hinsichtlich Preis und Qualität
315) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 83
316) OLG Stuttgart, Urteil vom 24.04.1979 in NJW 79, 2409; a.A. Kochendörfer in NJW 80, 215 ff; gegen eine zahlenmäßige Festlegung der Zinswuchergrenze mit überzeugenden Argumenten BGH, Urteil vom 12.03.1981, abgedruckt in NJW 81, 1206
317) siehe dazu BGH, Urteil vom 29.06.1979 in NJW 79, 2089; OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1979 in NJW 79, 2110
318) wie 317)
319) so Bender in NJW 80, 1129 (1132)

b) Aber auch die Fälle des § 138 I BGB können für den Gewerbetreibenden erhebliche Bedeutung haben. Danach kann Sittenwidrigkeit und damit Nichtigkeit etwa dann gegeben sein, wenn die subjektive Voraussetzung des Wuchers (Ausnutzung von Zwangslage, Unerfahrenheit u.s.w.) nicht erfüllt ist, aber zum auffallenden Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung weitere Umstände hinzutreten wie z.B. Macht oder Monopolstellung des Begünstigten oder dessen verwerfliche Gesinnung.[320] Auch wenn ein besonders grobes Mißverhältnis besteht, kann auf die Feststellung weiterer Umstände wie etwa der verwerflichen Gesinnung nicht verzichtet werden.[321]

Außerdem können über § 138 I BGB auch Fälle erfaßt werden, in denen kein auffallendes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht, aber das Rechtsgeschäft unter Ausnutzung von Not, Unerfahrenheit oder Leichtsinn zustande kommt.[322]

Die Bedeutung des § 138 I BGB geht daher über die des Wuchertatbestandes hinaus, zum einen deshalb, weil der volle Nachweis der subjektiven Wuchervoraussetzungen häufig nicht zu führen sein wird, zum anderen, weil auch Geschäfte erfaßt werden, bei denen das Verhältnis Leistung - Gegenleistung in Ordnung ist, aber durch Abschluß des Rechtsgeschäftes trotzdem ein Sittenverstoß vorliegt. Dies kann dann der Fall sein, wenn dem Kunden etwas verkauft

---

320) Heinrichs, a.a.O., Anm 2 a zu § 138
321) so hat der BGH im Urteil vom 12.03.1981, abgedruckt in NJW 81, 1207, die Ansicht des OLG Stuttgart (Urteil vom 24.04.1979 in NJW 79, 2409), daß bei einem besonders groben Mißverhältnis auch ohne Vorliegen weiterer Tatbestandsmerkmale die Nichtigkeit nach § 138 I BGB gegeben sei, ausdrücklich abgelehnt
322) wie 320)

wird, was er unter denkbaren Umständen nicht verwerten kann und der dafür zu zahlende Preis von ihm auch nicht aufgebracht werden kann. Derartige Fälle sind in der Praxis nicht selten, beispielsweise werden alleinstehenden alten Leuten oder Hausfrauen fremdsprachige Enzyklopädien oder Programmierkurse aufgeschwatzt.[323] Geht der Verkäufer lediglich verkaufspsychologisch geschickt vor, verletzt er nicht notwendigerweise Wettbewerbsrecht. Sein Verhalten ist dann nur über § 138 BGB sanktioniert.

3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung bei § 138 BGB

Der zivilrechtliche Nichtigkeitstatbestand des Wuchers (§ 138 II BGB) ist auch strafrechtlich sanktioniert (§ 302 a StGB). Die strafrechtliche Sanktionierung ist wegen der Scheu der Bewucherten vor einer Anzeige weitgehend bedeutungslos,[324] aber auch die Schwierigkeit des Nachweises der subjektiven Tatbestandselemente dürfte eine Rolle spielen. Es erfolgten in der gesamten Bundesrepublik in den fünf Jahren von 1974 - 1978 nur 37 Verurteilungen wegen Kreditwucher, obwohl er bei den Geschäften der Teilzahlungsbanken nicht selten gegeben sein dürfte.[324a] Bezeichnenderweise begnügen sich trotz an sich gegebenem Kreditwucher auch die Zivilgerichte häufig mit der Feststellung der Sittenwidrigkeit nach § 138 I BGB, weil

---

323) Bartsch, ZRP 73, 219 (221) mit weiterem Nachweis
324) Tröndle, a.a.O., RdNr 2 zu § 302 a, allgemein; Bender NJW 80, 1129 ff (1132), nur zum Kreditwucher
324a) Bender, NJW 80, 1129 (1132) argumentiert, daß wegen der explosionsartigen Zunahme der Ratenkredite seit 1974 auch die Wucheropfer zugenommen haben müßten, die Verurteilungen haben aber seit 1974 (28 Fälle) bis auf 0 (1978) abgenommen.

der Nachweis der subjektiven Tatbestandselemente des Wuchers schwierig ist.[325)]

Die zivilrechtliche Durchsetzung des § 138 BGB durch Geltendmachung der Nichtigkeit begegnet im Verhältnis Gewerbetreibender - Kunde grundsätzlichen Schwierigkeiten.[326)]

Regelmäßig handelt es sich bei den durch die Vorschrift zu schützenden Personen um besonders schutzbedürftige Mitglieder der Gesellschaft. Gerade solche Personen werden Verstöße gegen § 138 BGB regelmäßig nicht erkennen können. Insoweit sind Verstöße gegen Generalklauseln überhaupt problematisch, weil der Geschützte häufig die Anwendbarkeit solcher Klauseln nicht erkennen kann. Selbst wenn der Geschützte laienhaft eine Sittenwidrigkeit erkennt, wird er regelmäßig auf eine Rechtsverfolgung verzichten. Gründe dafür sind etwa die allgemeine Scheu vor dem Gang zu Gerichten und Behörden,[327)] die gerade in besonders schutzbedürftigen Kreisen häufig anzutreffen ist, aber auch die Scheu vor dem häufig unabsehbaren und wirtschaftlich oft auch nicht tragbaren Prozeßrisiko.[328)] Auch eine tatsächlich oder vermeintlich bestehende Zwangslage kann eine Rechtsverfolgung hindern.

---

325) siehe etwa BGH, Urteil vom 29.06.1979 in NJW 79, 2089; OLG Hamm, Urteil vom 22.06.1979, in NJW 79, 2110; OLG Stuttgart, Urteil vom 24.04.1979, in NJW 79, 2409

326) zur fehlenden Chancengleichheit im Prozeß Gewerbetreibender - Kunde: Bender, NJW 80, 1129

327) die auch dazu führt, daß die Strafnorm des § 302 a StGB weitgehend leerläuft; siehe Tröndle, a.a.O, RdNr 2 zu § 302 a

328) wie 326)

Die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung ist daher insgesamt sehr gering, da die sittenwidrig geschädigten Personen in aller Regel in der Abwehrfähigkeit erheblich behindert sind.

4. Die Allgemeingefährdung durch den Verstoß

Die Normen des zwingenden Privatrechts, zu denen § 138 BGB gehört, sind aus Gründen des gemeinen Wohls auch für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen verbindlich.[329] Daher ist das allgemeine Wohl gefährdet, wenn gegen § 138 BGB verstoßen wird. Die Sanktionierung des Verstoßes gegen § 138 BGB ist, von der Wirksamkeit her, sehr schlecht, die Gefährdung der zu schützenden Personen bei Verstößen daher hoch.

5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen § 138 BGB verstoßen

Gibt ein Gewerbetreibender zu erkennen, daß er nicht bereit ist, sich an die geltende Rechts- und Sozialmoral[330] bei der Gewerbeausübung zu halten, muß regelmäßig unterbunden werden.

So wird etwa der Sachwucher treibende Veranstalter einer Kaffeefahrt spätestens dann, wenn er trotz Abmahnung diese oder gleichgewichtige Praktiken weiterübt, regelmäßig mit einer Gewerbeunterbin-

---

329) BVerfGE 7, 206
330) die den Begriff der guten Sitten bestimmt: Heinrichs, a.a.O., Anm 1 b zu § 138

dungsmaßnahme zu belegen sein. In besonders krassen Fällen kann auch schon der Erstverstoß zu einer derartigen Maßnahme genügen. Da schon der Tatbestand des § 138 BGB den Verstoß gegen Rechts- und Sozialmoral enthält, kann die Neigung zu solchen Verstößen aus der planmäßigen Schädigung von besonders schutzwürdigen Personen durch Kaffeefahrten, Werbeveranstaltungen und Ähnlichem relativ leicht entnommen werden.

Beim sittenwidrig schädigenden Haustürverkäufer wird ein mehrmaliger Verstoß gegen § 138 BGB mit einem, für den Geschädigten hohen Schaden, regelmäßig ausreichen, um erkennen zu können, daß der Gewerbetreibende nicht bereit ist, § 138 BGB zu beachten. In leichteren Fällen kann eine Abmahnung erforderlich sein, vor allem auch in Fällen, in denen kein auffallendes Mißverhältnis zwischen Preis und Ware besteht, der Haustürverkäufer aber durch Verkauf nicht benötigter Ware den Kunden sittenwidrig schädigt, etwa wenn dieser den Preis nicht aufbringen kann.

Die Kreditwucher betreibende oder jedenfalls sittenwidrige Darlehensverträge abschließende Teilzahlungsbank[331] wird, wenn ihre Konditionen im Grenzbereich

---

331) zum gesamten Bereich des Konsumentenkredites siehe:
Hadding, Gutachten zum 53. Deutschen Juristen Tag 1980, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits?
Stauder, ZRP 80, 217 ff;
Bender, NJW 80, 1129;
in wesentlichen Punkten anderer Ansicht: Kochendörfer, NJW 80, 215 f

der Sittenwidrigkeit liegen, praktisch immer abgemahnt werden müssen, da sich eine feste Grenze der Sittenwidrigkeit nicht ziehen lassen wird.[332)]

Der mehrfache Verstoß gegen Abmahnungen kann dann aber regelmäßig Anlaß zur Gewerbeunterbindung sein. Man wird in solchen Fällen häufig annehmen können, daß der Verstoß sich auch weiterhin wiederholen wird.

6. Gesamtwürdigung

Gewerbetreibende, die planmäßig oder jedenfalls mehrfach in erheblicher Weise gegen § 138 BGB verstoßen haben, lassen regelmäßig weitere derartige Verstöße erwarten. Ihre Gewerbeausübung muß unterbunden werden. Andernfalls wäre die Sozialstaatsverpflichtung verletzt.[333)]

Auch Teile der Literatur und der Rechtsprechung treten für eine Berücksichtigung des Sittenverstoßes bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit ein.[334)]

Mit einer derartigen Berücksichtigung der Verstöße gegen § 138 BGB könnte in erheblichen Bereichen - Kaffeefahrten, Werbeveranstaltungen, Haustürverkäufen, Konsumentenkredite - eine Säuberung des Marktes von nachhaltig sittenwidrig handelnden Unternehmern erfolgen.

---

332) siehe aber hierzu das Urteil des OLG Stuttgart vom 24.04.1979, das insoweit die altrechtliche "laesio enormis" aktiviert und von einer Sittenwidrigkeit ausgeht, wenn der marktübliche Zins um 100 % überschritten wird - abgedruckt in NJW 79, 2409 ff; der BGH hat in seinem, in gleicher Sache ergangenen Urteil vom 12.03.1981, abgedruckt in NJW 81, 1206 ff, die Aktivierung der "laesio enormis" und die Bestimmung einer zahlenmäßigen Grenze der Sittenwidrigkeit als "rechtlich nicht haltbar" bezeichnet

333) siehe oben C I 2

334) Kienzle, GewA 68, 145 (146)
VG Berlin vom 15.11.1967, abgedruckt in GewA 70, 63

II. § 1 UWG

1. Grundsätzliches

§ 1 UWG beherrscht als Generalklausel das ganze UWG. Unter diese Generalklausel fallen alle geschäftlichen Wettbewerbshandlungen, die gegen die guten Sitten verstoßen. Die Anwendbarkeit von Einzelvorschriften schließt die Generalklausel nicht aus, sie kann vielmehr überall ergänzend und unterstützend eingreifen.[335)]

§ 1 UWG sanktioniert sittenwidrige Handlungen, die im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgen, mit Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen.

Der Begriff der guten Sitten ist im wesentlichen der gleiche wie in § 138 BGB.[335a)] Es wird zwar im Grundsatz auf die Ansicht des durchschnittlichen Gewerbetreibenden abgestellt, jedoch ist anerkannt, daß auch die Ansicht der vom Wettbewerb betroffenen Abnehmer zu berücksichtigen ist.[336)] Daher wird eine Übereinstimmung mit dem, auf die Anschauungen der Allgemeinheit abstellenden Begriff der guten Sitten aus § 138 BGB regelmäßig gegeben sein.[337)]

Während jedoch § 138 BGB auf Inhalt, Zweck und Motiv von Rechtsgeschäften abstellt, bezieht sich § 1 UWG auf Wettbewerbshandlungen und damit auf das Zustande-

---

335) Hefermehl, a.a.O., RdNr 1 zu § 1 UWG

335a) a.A. wohl Lehmann, NJW 81, 1237, der aber die notwendige Unterscheidung zwischen sittenwidriger Anbahnung und sittenwidrigem Inhalt eines Vertrages nicht vornimmt und daher für die Sittenwidrigkeit nach § 1 UWG und die nach § 138 BGB zu unterschiedlichen Begriffen kommen muß

336) Sack, NJW 74, 564

337) Sack, NJW 74, 564;
a.A. LG Trier, Urteil vom 09.10.1973 in NJW 74, 151

kommen von Rechtsgeschäften. Die zum Vertragsschluß führende sittenwidrige Wettbewerbshandlung hat nicht notwendig zur Folge, daß der Vertrag auch nach Inhalt und Gesamtcharakter sittenwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig ist.[338] Auch gilt § 1 UWG nicht als Schutzgesetz zu Gunsten des Verbrauchers, deshalb folgt aus dem gegebenen Verstoß gegen § 1 UWG auch kein schadenersatzrechtlicher Freistellungsanspruch.[339] Nichtigkeit bzw. ein Aufhebungsanspruch bezüglich des wettbewerbswidrig zustande gekommenen Vertrages besteht daher nur dann, wenn diese Rechtsfolgen aus der gleichzeitigen Verwirklichung anderer Normen (z.B. §§ 123, 138 BGB) herrühren.[340]

§ 1 UWG hat eine dreifache Schutzrichtung: gegenüber der Allgemeinheit, den Konkurrenten und den sonstigen Marktbeteiligten.[341] Die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs liegt im privaten und öffentlichen Interesse, es handelt sich um soziales Recht.[342] Zentrales Schutzobjekt ist der Wettbewerb als selbständiges Ordnungsprinzip des wirtschaftlichen und sozialen Lebens.[343] Die Interessen von Allgemeinheit, Mitbewerbern und sonstigen Marktbeteiligten laufen weitgehend konform. Es ist daher sinnvoll, den Schutz des Wettbewerbs weitgehend privatrechtlich zu gestalten,[344] weil dies eine bessere Effektivität ver-

---

338) Heinrichs, a.a.O., Anm. 1 f gg zu § 138 BGB; Sack, NJW 74, 564
339) Schricker, ZRP 75, 189 (194); differenzierend: Traub, GRUR 80, 673 (675 ff)
340) dies soll jedoch geändert werden, siehe Regierungsentwurf zur Änderung des UWG in WRP 78, 277 ff, B IV der Begründung
341) Hefermehl, a.a.O., Einleitung RdNr 41
342) Hefermehl, a.a.O., Einleitung RdNr 41, 42
343) Hefermehl, a.a.O., Einleitung RdNr 50
344) Hefermehl, a.a.O., Einleitung RdNr 42

bürgt[345] und privatrechtliche Gestaltung und öffentliches Interesse keine Gegensätze sind.[346]

2. Bedeutung für den Gewerbetreibenden

Da § 1 UWG grundsätzlich das gesamte Wettbewerbsverhalten des Gewerbetreibenden umfaßt, ist er für diesen von umfassender Bedeutung. Er sieht sich dabei drei Gruppen gegenüber, die Ansprüche gegen ihn geltend machen können: Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, Konkurrenten und Verbraucherverbänden.[347] Geplant ist, auch dem einzelnen Verbraucher einen Schadenersatzanspruch einzuräumen, bisher stand ein solcher nur den Konkurrenten zu.[348]

3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung

In wesentlichen Bereichen ist dem zivilrechtlichen Schutz durch § 1 UWG eine gute Effektivität zu bescheinigen.[349] Vor allem in den Bereichen, in denen

---

345) der Geschäftsmann weiß über die Konkurrenz mehr als Staatsanwalt oder Kontrollbehörde in Erfahrung bringen können -
Schricker, GRUR Int 73, 694 (697);
oder Bender, NJW 80, 1129 (1132): zivilrechtliche Sanktionen sind wirksamer als eine Strafdrohung, weil unzählige Betroffene als "unbezahlte Staatsanwälte" tätig werden (zum Konsumentenkredit)

346) wie 344)

347) siehe § 13 UWG

348) siehe Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, Begründung B IV, in WRP 78, 277 (283 ff)

349) Schricker, GRUR Int 73, 694 (697);
v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 209 (zur Klagetätigkeit der Wettbewerbsvereine), RdNr 236 (zum gesamten Sanktionssystem des UWG)

die Konkurrenten des Gewerbetreibenden an der Rechtsverfolgung interessiert sind, funktioniert der Rechtsschutz vor allem über den Unterlassungsanspruch. Wenig Bedeutung hat der Schadenersatzanspruch des Konkurrenten,[350] da der Nachweis eines Schadens regelmäßig besonders schwierig ist.

Die Tätigkeit der Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen, z.B. der Wettbewerbsvereine, ist bei der Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen ebenfalls effektiv.[351]

Schutzlücken bestehen jedoch, soweit es um Belange der privaten Letztverbraucher geht.[352] Die Verfolgung von Verstößen gegen § 1 UWG durch Konkurrenten und Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen kommt zwar auch den privaten Letztverbrauchern zugute, jedoch ist das Verfolgungsspektrum wesentlich von den Interessen der Gewerbetreibenden bestimmt, während besonders verbraucherrelevante Verstöße durch Konkurrenten und Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen kaum verfolgt werden.[353] So verfolgen etwa die Wettbewerbsvereine kaum Verstöße gegen § 1 UWG bei Haustürgeschäften. Auch Konkurrentenklagen pflegen dem Verbraucher in derartigen Fällen nichts zu nützen, da mit ihnen regelmäßig nur individuelle Rechtspositionen verteidigt werden.[354]

---

350) Ahrens, WRP 80, 129 (133);
nach v. Falckenstein, WRP 78, 502 (507) werden von Mitbewerbern nur äußerst selten Schadenersatzklagen erhoben (4 % der insgesamt von ihnen erhobenen Klagen)

351) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 209

352) v. Falckenstein, WRP 78, 502 (504, 507)

353) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 209, 206, 204, 203

354) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 206, 204

Zur speziellen Interessenvertretung der Verbraucher sind gerade die Verbraucherverbände berufen und klagebefugt. Im Bereich des § 1 UWG sind sie zwar nur klagebefugt, soweit wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden (§ 13 I a 2 UWG). Bei der gerichtlichen Prüfung wird eine derartige "wesentliche Beeinträchtigung" aber nicht gesondert geprüft,[355] sondern wohl regelmäßig als gegeben angesehen.

Die Beurteilung der Effektivität der Verbraucherverbandsklage ist unterschiedlich. Zum Teil wird ihr eine Effektivität überhaupt abgesprochen und sie als hastig eingesetztes Medium zur Verhinderung alternativer Kontrollinstrumente bezeichnet.[356] Alternative zur Verbraucherverbandsklage kann aber nur eine Wettbewerbskontrolle öffentlich-rechtlicher Art sein.[357] Eine eingehende Untersuchung[358] über die Verbraucherverbandsklage hat gezeigt, daß sie die Erwartungen, die in sie gesetzt wurden, zumindest teilweise durchaus erfüllt hat. Anfänge des Erfolges zeichnen sich ab. Unbefriedigend ist weiterhin das Problem des nachhaltig unlauteren Wettbewerbs einzelner Gewerbetreibender oder ganzer Branchen sowie die Kontrolle von "Großwettbewerb" und "Großwerbung".[359]

Der nachhaltig unlautere Wettbewerber hat zu viele Möglichkeiten, sich dem zivilrechtlichen Sanktionssystem zu entziehen. Das Wettbewerbsrecht reicht nicht aus,

---

355) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 68
356) Damm, ZRP 78, 167 ff (168)
357) Schricker, GRUR 79, 1 (6)
358) v. Falckenstein: Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände, Köln 1977; (hier a.a.O.)
359) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236

eine von vorneherein skrupellos auf Wettbewerbsverstöße abgestellte Geschäftspolitik zu unterbinden.[360] Der zivile Rechtsschutz ist zu schwerfällig, um dem öfteren Wechsel von Firma und Geschäftspraktiken[361] wirkungsvoll begegnen zu können.

Bei "Großwettbewerb" und "Großwerbung" trauen sich die Verbraucherverbände aus Kostengründen kaum vorzugehen, das hohe Kostenrisiko und drohende Schadenersatzforderungen im Fall des Unterliegens wirken lähmend.[362]

Das bisherige Sanktionssystem des UWG hat für die Verbraucher den Nachteil, daß nur Klage auf zukünftige Unterlassung erhoben werden kann, Schadenersatzklagen sind nicht möglich.[363] Es besteht für den durch Wettbewerbsverstoß zum Vertragsschluß gebrachten Verbraucher regelmäßig auch keine Möglichkeit, von dem Vertrag loszukommen.[364] Insoweit ist der Rechtsschutz durch das Sanktionssystem des UWG völlig unzureichend und widerspricht grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen.[365]

---

360) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 174
361) häufiger Wechsel von Firma und Geschäftspraktiken wurde durch v. Falckenstein, a.a.O., vor allem bei folgenden Fallgruppen des § 1 UWG festgestellt:
Adreßbuch- und Telexschwindelfirmen (RdNr 74)
Straßenwerbungsfirmen (RdNr 75)
Kaffeefahrten (RdNr 80 ff)
362) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236, 175
363) siehe Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, Begründung B IV, in WRP 78, 277 (283)
364) wie 363)
365) wie 363)

4. Die Gefährdung der Allgemeinheit

Eine relevante Gefährdung ist vor allem in den Bereichen gegeben, in denen das Sanktionssystem des UWG überhaupt und damit auch die in § 1 UWG angeordneten Sanktionen versagen.

Dies ist vor allem dann der Fall, wenn der Unternehmer hartnäckig gegen die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften verstößt[366] und sich den zivilrechtlichen Sanktionen entzieht (Firmenwechsel, Modifizierung des unlauteren Verhaltens, um Unterlassungspflichten zu umgehen).

So gibt es eine ganze Reihe unseriöser Direktvertriebsunternehmen, die mit Täuschungen, Nötigungen und Überrumpelungen arbeiten; vor allem in der Buchclub-, Buch-, Zeitschriften und Wäscheversandwerbung sind gehäuft solche Verstöße anzutreffen.[367] Der Direktvertrieb wendet sich bevorzugt an sozial schwache, rechtlich wenig bewanderte Schichten der Bevölkerung.[368] Hinzu kommt, daß im Bereich der Haustürgeschäfte die wirtschaftlichen Werte erheblich zugenommen haben. So liegt etwa die Hauptmasse der Verstöße bei Werten von DM 500,--, aber selbst Abschlüsse über DM 15.000,-- für Bettwäsche sind keine Seltenheit.[369] Weiterhin muß berücksichtigt werden, daß die Beweissituation bei Verkäufen an der Haustür für den Abnehmer besonders schlecht ist, da die Geschäfte regelmäßig unter vier Augen abgeschlossen werden. Im Bereich unseriöser Direktvertriebsunter-

366) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236
367) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 73, 74
368) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103
369) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 109

nehmen besteht daher eine hohe Gefährdung vor allem der sozial Schwachen, da die zivilen Sanktionen des § 1 UWG hier weitgehend wirkungslos sind. Andere Sanktionen greifen nicht in nennenswertem Umfang ein.

Ein häufiger Verstoß gegen § 1 UWG liegt auch darin, daß der Gewerbetreibende systematisch keine Belehrung über das Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers erteilt.[370] Es sind zahlreiche Umgehungs- und Einschüchterungstechniken entwickelt worden, um die Ausübung des Widerrufsrechtes zu verhindern.[371] Sie dürften ebenfalls zu einem erheblichen Teil gegen § 1 UWG verstoßen. Ein derartiges Verhalten gefährdet die Allgemeinheit dadurch, daß gerade die sozial schwachen Abzahlungskäufer keine Kenntnis vom Widerrufsrecht erhalten und dieses daher regelmäßig auch nicht ausüben können. Wirksame Sanktionen bestehen nicht.

Eine erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit liegt auch in sogenannten Schneeballsystemen (progressive Kundenwerbung). Derartige Systeme verstoßen wegen ihres aleatorischen Reizes und der Ausnutzung von Unerfahrenheit und Leichtsinn gegen § 1 UWG.[372] Verbraucherverbände trauen sich gegen Unternehmen dieser Branche nicht vorzugehen, weil diese sehr finanzkräftig sind und geschickt agieren.[373] Die angerichteten Schäden sind immens, in einem Fall

---

370) siehe dazu das Urteil des OLG Stuttgart vom 16.12.1977 in WRP 78, 150
371) siehe dazu die Aufzählung bei v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 99
372) Hefermehl, a.a.O., RdNr 144 zu § 1
373) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr. 88

betrug der Gesamtschaden eine halbe Milliarde DM.[374] Er wurde auch durch die strafrechtliche Verurteilung der Verantwortlichen nicht beseitigt.[375] Bei den Geschädigten handelt es sich meist um einfache, minderbemittelte Personen.[376]

Besonders gefährlich erscheinen auch noch Koppelungsgeschäfte bei Kredit- und Wohnungsvermittlung. So werden Kredite etwa nur angeboten, wenn gleichzeitig Möbel gekauft werden oder Wohnungen werden nur vermietet, wenn der Mieter sich gleichzeitig zum Kauf von Möbeln verpflichtet. Hier wird die psychische Zwangslage des Wohnungs- bzw. Kreditsuchenden ausgenutzt.[377]

5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen § 1 UWG verstoßen

Gewerbetreibende, die nachhaltig gegen § 1 UWG verstoßen, werden regelmäßig als unzuverlässig anzusehen sein. Die vorliegenden Verstöße müssen erkennen lassen, daß der Gewerbetreibende nicht gewillt ist, seine Wettbewerbshandlungen im Rahmen der guten Sitten zu halten.

Bei eindeutigen und groben Verstößen gegen § 1 UWG werden dann, wenn der verursachte Schaden beim einzelnen hoch ist und ihn hart trifft, wenige Verstöße

374) Schricker, GRUR 79, 1 (3)
375) v. Falckenstein, WRP 78, 502 (510)
376) Hefermehl, a.a.O., RdNr 144 zu § 1
377) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 79

regelmäßig zur Bejahung der Unzuverlässigkeit ausreichen. Bei nicht völlig eindeutigen Verstößen wird eine Abmahnung erforderlich sein. Wird dann gegen diese verstoßen, genügen wenige weitere Verstöße. Hält sich der Gewerbetreibende an Abmahnungen und Unterlassungsverpflichtungen, so kann die Unzuverlässigkeit aus den immer wieder erforderlichen Abmahnungen bzw. Unterlassungsverfügungen folgen. Bei nicht besonders gravierenden Schäden, die nicht gezielt bei den sozial Schwachen verursacht werden, wird erst eine erhebliche Anzahl von Verstößen in Verbindung mit bereits bestehenden Unterlassungspflichten oder ausgesprochenen Abmahnungen genügen.

Bezüglich der Verwertbarkeit des Verhaltens von Vertretern und Beauftragten des Gewerbetreibenden kann auf oben (C IV 3) verwiesen werden.

6. Gesamtwürdigung

Die Verstöße gegen § 1 UWG spielen insgesamt im Rahmen der Wettbewerbsverstöße eine erhebliche Rolle. So waren von den bei den Verbraucherverbänden reklamierten Wettbewerbsverstößen rund ein Drittel Verstöße gegen § 1 UWG.[378)]

Soweit das UWG verbraucherschützend ist, weist sein Sanktionssystem erhebliche Schutzlücken auf. Gerade vor den planmäßig und hartnäckig wettbewerbswidrig handelnden Gewerbetreibenden kann der Verbraucher

---

378) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 68

mit den Sanktionen des UWG kaum geschützt werden. Die Schäden sind zum Teil sehr erheblich. In einem nicht unbeträchtlichen Teil der Fälle wird der Schaden zudem gezielt bei sozial Schwachen angerichtet (Direktvertrieb, progressive Kundenwerbung, Kopplungsgeschäfte bei Wohnungs- und Kreditsuchenden, nicht belehrte Abzahlungskäufer). Soweit diese Faktoren (sittenwidrig handelnder Gewerbetreibender, Schutzlosigkeit der Betroffenen, hohe Schäden) zusammentreffen, muß schnell von den Gewerbeunterbindungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht werden. Sind die Betroffenen abwehrfähig und die verursachten Schäden beim einzelnen gering, wird man den Schluß auf die zukünftige Gefährdung der Allgemeinheit nur dann ziehen können, wenn bereits vielfache Verstöße bekannt sind oder der Gesamtschaden sehr hoch ist.

1.1. § 3 UWG

1. Grundsätzliches

§ 3 UWG verbietet in der Werbung irreführende Angaben über geschäftliche Verhältnisse. Dazu gehören vor allem Angaben über Beschaffenheit, Ursprung, Herstellungsart und Preisbemessung von Waren oder gewerblichen Leistungen. Für die Frage, ob derartige Angaben geeignet sind, irrezuführen, kommt es auf die Auffassung der Verkehrskreise an, an die sich die Werbung richtet.[379] § 3 UWG ist eine Generalklausel, deren Anwendungsbereich sich teilweise mit § 1 UWG deckt. Es gibt jedoch auch Fälle des § 3 UWG, in denen die Täuschung nicht gleichzeitig sittenwidrig ist und § 1 UWG daher nicht verletzt ist.[380]

§ 3 UWG normiert Unterlassungsansprüche gegen den Verletzer, nach § 13 II Nr. 1 UWG bestehen in den Fällen des § 3 UWG auch Schadenersatzansprüche gegen denjenigen, der wußte oder wissen mußte, daß die Angaben irreführend sind. Nach § 13 UWG zur Unterlassungsklage aktiv legitimiert sind Konkurrenten des rechtsverletzenden Gewerbetreibenden, Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen und Verbraucherverbände. Schadenersatzklage kann nach bisherigem Recht nur von den Konkurrenten geltend gemacht werden.[381] Ein Vertragslösungsrecht für denjenigen, der durch

---

379) BGH, Urteil vom 11.05.1954, BGHZ 13, 244 (253)
380) Hefermehl, a.a.O., RdNr 4 zu § 3
381) nach § 13 a des Regierungsentwurfes zur Änderung des UWG soll auch dem Abnehmer ein Schadenersatzanspruch zustehen, den dieser zur kollektiven Geltendmachung an einen Verbraucherverband abtreten kann (§ 13 c); abgedruckt in WRP 78, 277 f

die Verletzung des § 3 UWG zur Abnahme der Ware bestimmt worden ist, gibt es bisher ebenfalls noch nicht.[382] Soweit wissentlich irreführende Angaben in der öffentlichen Werbung und in der Absicht gemacht werden, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, besteht nach § 4 UWG auch eine Strafdrohung, die aber in der bisherigen Fassung bedeutungslos ist.[383]

Die Schutzrichtung des § 3 UWG ist grundsätzlich die gleiche wie bei § 1 UWG. Der Verbraucherschutz steht jedoch mehr im Vordergrund, da Verstöße gegen § 3 UWG dem Verbraucher erfahrungsgemäß besonders schädlich sind.[384]

2. Bedeutung für den Gewerbetreibenden

Die erhebliche Bedeutung des § 3 UWG für den Gewerbetreibenden kann man daran erkennen, daß sich zwei Drittel der bei den Verbraucherverbänden reklamierten Wettbewerbsverstöße auf § 3 UWG beziehen.[385] § 3 UWG bildet den wichtigsten Ansatzpunkt für das Vorgehen der Verbraucherverbände gegen Wettbewerbsverstöße.[386]

3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung

Hier gilt grundsätzlich das zu § 1 UWG oben[387] Gesagte.

---

382) siehe aber § 13 b des Regierungsentwurfes zur Änderung des UWG, abgedruckt in WRP 78, 277 f
383) siehe dazu Reich ZRP 78, 100 oder Kerl, WRP 78, 342 f
384) Hefermehl, a.a.O., RdNr 3 zu § 3
385) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 68
386) wie 385)
387) D II 3.

Besonders bei der irreführenden Werbung größerer Unternehmen bestehen erhebliche Rechtsschutzlücken, sofern sich nicht in etwa gleichstarke Konkurrenten gegenseitig kontrollieren.[388] Aber auch gegenüber anderen, laufend gegen Wettbewerbsrecht, vornehmlich auch gegen § 3 UWG, verstoßenden Gewerbetreibenden ist die Rechtsdurchsetzung nicht sehr wirksam.[389]

4. Die Gefährdung der Allgemeinheit

Grundsätzlich ist eine erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit vor allem in den Bereichen gegeben, in denen es der Rechtsdurchsetzung an Wirksamkeit fehlt. Diese sind, im Rahmen des § 3 UWG, vor allem irreführende Großwerbung und nachhaltig unlauter handelnde Gewerbetreibende.

Bei Werbemaßnahmen von Großbetrieben ("Großwerbung") dominieren irreführende Preisangaben im Zusammenhang mit Sonderangeboten und der gesamten Preisgestaltung.[390] Im Bereich der Herstellerwerbung liegt die Irreführung häufig bei allgemeinen Werbeaussagen (z.B. "Knotentest" in der Waschmittelbranche).[391] Typischerweise handelt es sich bei der Werbung von Großbetrieben um Anlockungsfälle (Sonderangebote etc.)[392] oder um unlautere Verstärkung der Kaufmotivation, ohne daß dem Verbraucher ein erheblicher Schaden entsteht, da

388) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236, 72
389) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236, 174, 86, 68
390) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 86
391) wie 390)
392) in diesen Anlockungsfällen entstehen dem Verbraucher möglicherweise Schäden durch Anfahrt zum Ladengeschäft etc. (Aufwendungsschäden)

das Produkt seinen Preis wert ist und der Käufer ein gleichartiges Produkt ohnehin erworben hätte.[393] Im Bereich der Großwerbung wird daher eine erhebliche, gewerberechtlich relevante Gefährdung der Allgemeinheit nur bei ganz hartnäckig irreführend werbenden Gewerbetreibenden oder dann gegeben sein, wenn erhebliche Schäden entstehen.

Im übrigen Bereich der durch Verstöße gegen § 3 UWG nachhaltig unlauter handelnden Gewerbetreibenden gilt grundsätzlich das gleiche, wie das oben zu § 1 UWG diesbezüglich Gesagte. Bei den Verstößen gegen § 3 UWG stehen zahlenmäßig an erster Stelle die Werbung von Zeitschriftenabonnements, der Verkauf von Elektrogeräten, die Wäscheversandbranche und der Versand oft untauglicher Kleingeräte.[394]

Im Mittelfeld der Häufigkeit stehen Buchclub- und Buchversandwerbung, Adreßbuch- und Telexverzeichnisschwindel, Makler, Reisevermittlung und Reisewerbung sowie die Praktiken von (auch renommierten) Versicherungsunternehmen.[395] Eine gewerberechtlich relevante Gefährdung der Allgemeinheit kann aus hohen Einzelschäden, die bei wenigen sozial besonders schutzbedürftigen Personen entstanden sind, ebenso resultieren, wie aus Massenverstößen mit geringeren Einzelschäden.

Ein Gewerbetreibender, der z.B. 1,8 Millionen Stück eines völlig untauglichen Kraftfahrzeugzubehörteiles verkauft, das die in der Werbung behaupteten Funktionen nicht erfüllt und dadurch einen Gesamtschaden von 36 Millionen DM verursacht (20,-- DM Einzelschaden), gefährdet die Allgemeinheit ganz erheblich.[396]

---

393) jedenfalls soweit es sich um Gegenstände des täglichen Bedarfs handelt
394) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 70
395) wie 394)
396) eines der bei Schricker, GRUR 79, 1 (3) aufgezählten Beispiele

Gleiches gilt, wenn etwa ein Haustürverkäufer grob über Wert und Verwendbarkeit eines Elektrogeräts täuscht und dadurch bei besonders schutzwürdigen Personen Schäden in der Größenordnung von Monatseinkommen dieser Personen verursacht, auch wenn der Gesamtschaden "nur" 20 - 50.000,-- DM beträgt.

5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen § 3 UWG verstoßen

Eine Anwendung auf die Großwerbung wird in den Fällen in denen keine nennenswerten und bezifferbaren Schäden entstehen nur bei vielfachen Verstößen in Frage kommen. Eine Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes kann auch dann in Betracht kommen, wenn Verstöße gegen Abmahnungen und Unterlassungspflichten erfolgen und erhebliche Gesamtschäden entstehen.

In diesen Fällen käme möglicherweise eine Teiluntersagung in der Form eines Werbeverbotes in Frage.

In Fällen wie dem oben[397] zitierten Verkauf des untauglichen Kraftfahrzeugzubehörs wird man aus dem einmaligen Veranstalten einer derartigen "Aktion" durchaus schon entnehmen können, daß der Gewerbetreibende nicht gewillt ist, wettbewerbsrechtliche Vorschriften zu beachten. Dies kann aber auch der Fall sein, wenn bei wenigen sozial Schwachen hohe Einzelschäden verursacht werden (Beispiel des täuschenden Elektrogeräteverkäufers).[398] In Fällen von geringerer Bedeutung

397) D III 4.
398) oben D III 4.

wird man zusätzlich andere Verstöße oder bereits erfolgte Abmahnungen bzw. bestehende Unterlassungspflichten verlangen müssen.

6. Gesamtwürdigung

Die Verstöße gegen § 3 UWG machen zwei Drittel der bei den Verbraucherverbänden reklamierten Wettbewerbsverstöße aus. Das Schädigungsspektrum ist sehr breit, es reicht vom kaum erkennbaren Schaden bis zu massiven Schäden bei der sozial schwachen Schicht. Massenverstöße sind gerade bei § 3 UWG häufig. Die teilweise Strafbarkeit der Verstöße hat keine Wirkung, da die skrupellosen Geschäftemacher wissen, daß weder § 263 StGB noch § 4 UWG zu fürchten sind.[399] Ob dies durch die Neufassung von § 4 UWG besser wird, ist höchst fraglich.[400] Daher kommt der Beachtung der zivilrechtlichen Verstöße gegen § 3 UWG bei der Prüfung der gewerblichen Unzuverlässigkeit hohe Bedeutung zu. Nur wenn sie beachtet werden, kann den Gewerbetreibenden, die hartnäckig gegen § 3 UWG verstoßen und dadurch die Allgemeinheit erheblich schädigen, das Handwerk gelegt werden.

---

399) Schricker, GRUR 79, 1 (4)
400) Kerl in WRP 78, 342 ff

IV. Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz

1. Grundsätzliches

Der Kauf beweglicher Sachen auf Raten erfolgte bereits Ende des 19. Jahrhunderts in erheblichem Umfang.[401] Erst durch Ratenkauf erlangte der Vertrieb höherwertiger Konsumgüter an die sozial schwache Mehrheit der Bevölkerung Bedeutung.[402]

Für den Käufer birgt die Möglichkeit, eine Sache gegen geringe Anzahlung zur sofortigen Nutzung zu erhalten, die Gefahr, daß er der Kaufentscheidung keine vernünftige Sachabwägung zu Grunde legt.[403] So werden häufig Sachen gekauft, die gar nicht gebraucht oder nicht auf ihre Tauglichkeit geprüft werden.[404] Durch die Aufteilung des Kaufpreises in Anzahlung und oft viele Raten, wird die Gegenleistung, die der Käufer zu erbringen hat, verniedlicht. Die wahre wirtschaftliche Belastung durch die Raten wird der Käufer häufig nicht erkennen und daher geneigt sein, seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu überschätzen.[405] In dieser typischen Ungleichgewichtslage[406] zwischen Verkäufer und Käu-

---

401) Heckelmann, Grenzlinien für den Käuferschutz beim Ratenkauf nach dem BGB und nach dem AbzG, S. 427 f

402) der Abzahlungskauf ist wirtschaftspolitisch notwendig, weil er den frühzeitigen oder sonst unmöglichen Erwerb nützlicher Wirtschaftsgüter ermöglicht und Absatz und Produktion steigert - siehe Putzo in Palandt, Einl. 1 zu AbzG

403) Bundestagsdrucksache 7/1398, S. 2

404) Bundestagsdrucksache 7/598, S. 5

405) Bundestagsdrucksache 7/598, S. 5
Bundestagsdrucksache 7/1398, S. 2

406) siehe dazu: Reich JZ 75, 550; Reich ZRP 74, 187 f; v. Hippel, a.a.O., S. 158

fer schränkt das AbzG die Vertragsfreiheit zu Gunsten des Abzahlungskäufers ein.

Der Zweck des AbzG ist daher eindeutig sozialer Natur. Der Gesetzgeber hat eingegriffen, um die wirtschaftliche und intellektuelle Übermacht der Verkäufer beim Abzahlungsgeschäft auf ein sozial erträgliches Maß zurückzuführen.[407)]

Das Eingreifen des Gesetzgebers erfolgte in mehreren Stufen. In der ursprünglichen Fassung des AbzG[408)] wurden vor allem der Rücktritt des Verkäufers vom Abzahlungsgeschäft und dessen Rechte, wenn der Käufer seine eingegangenen Verpflichtungen nicht einhielt, geregelt. Mehr als 70 Jahre später wurden durch Änderungsgesetz[409)] die §§ 1 a, 6 a in das Abzahlungsgesetz eingefügt.

In § 1 a AbzG wird bestimmt, daß die auf den Abschluß eines Abzahlungsgeschäftes gerichtete Willenserklärung des Käufers der schriftlichen Form bedarf und die Vertragsurkunde bestimmte Angaben über die Teilzahlungen sowie den Bar- und den Teilzahlungspreis enthalten muß. Die Schriftform sollte den Käuferschutz verstärken, die Vorschriften über Preis- und Ratenangabe dem Käufer die Übersicht über die wirtschaftliche Tragweite des Abzahlungsgeschäftes erleichtern.[410)]

Durch § 6 a AbzG wird bestimmt, daß der Wohnort des

---

407) Reichstagsdrucksache 1892/93 Aktenstück Nr. 69, S 418 ff - zitiert nach Heckelmann, a.a.O., S 427 ff
408) Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, BGBl III 402 - 2
409) Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 01.09.1969, BGBl I, 1541
410) Gerlach in NJW 69, 1939 (1940)

Käufers für Streitigkeiten aus dem Abzahlungsgeschäft ausschließlicher Gerichtsstand ist.

Durch das zweite Änderungsgesetz zum AbzG[411] wurde im wesentlichen ein Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers normiert. Das Widerrufsrecht soll vor allem Mißbräuche bei Abzahlungsgeschäften an der Haustür eindämmen.[412] Es soll dem Käufer ermöglichen, unabhängig von der Überrumpelungssituation an der Haustür und der Gegenwart des, mit allen werbepsychologischen Tricks agierenden Verkäufers, sich in Ruhe zu überlegen, ob er die Sache wirklich braucht und ob er sich die Sache leisten kann.[413]

Das Abzahlungsgesetz ist in seinen wesentlichen Vorschriften rein zivilrechtlich sanktioniert. Neben der Nichtigkeit (§§ 1, 2, 4 II AbzG) gibt es im AbzG auch andere zivilrechtliche Sanktionen, so etwa den verspäteten Fristbeginn (§ 1 b II 5 AbzG) oder die Minderung des vereinbarten Preises (§ 1 a III 2 AbzG). Lediglich ein wenig bedeutender Randbereich (Losverkauf auf Abzahlung) ist öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 7 AbzG).

In den Motiven zum Entwurf des Abzahlungsgesetzes von 1894 werden die Gründe angegeben, warum für die wesentlichen Bestimmungen des AbzG die zivilrechtliche Durchsetzungsform gewählt wurde:[414] die Einhaltung von öffentlich-rechtlichen Vorschriften zu kontrollieren sei unmöglich, da die Abzahlungsgeschäfte nicht in be-

---

411) Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes vom 15.05.1974, BGBl I, 1169

412) vor allem bei Haustürgeschäften kamen krasse Mißbräuche vor - Bundestagsdrucksache 7/1398, S. 2

413) Bundestagsdrucksache 7/598, S. 5

414) wiedergegeben bei Heckelmann, a.a.O., S. 427 ff; eine öffentlich-rechtliche Regelung wurde aber lebhaft diskutiert, siehe Crisolli, Das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte, S. 17

stimmten Betrieben abgeschlossen würden, sondern eine überall zu praktizierende Verkaufsform seien. Weiterhin würden öffentlich-rechtliche Beschränkungen der Abzahlungsgeschäfte diskriminierend wirken und nur zur Folge haben, daß sich gerade die soliden Abzahlungsverkäufer von dieser Geschäftsart zurückziehen würden.

Auch der Gesetzgeber von 1974 hat die zivilrechtliche Durchsetzungsform beibehalten. So wurde etwa die Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinses (§ 1 a I 2 Nr. 4 AbzG) rein zivilrechtlich sanktioniert (§ 1 a III 1, 2 AbzG), obwohl z.B. die Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinses bei anderen Kreditformen öffentlich-rechtlich sanktioniert ist (§§ 1 IV, 6 der Verordnung über Preisangaben.[415])

2. Bedeutung für den Gewerbetreibenden

Das Abzahlungsgesetz mit seinen zwingenden materiellen Normen sowie Form- und Belehrungsvorschriften ist für den Teil der Gewerbetreibenden von erheblicher Bedeutung, der wirtschaftlich weitgehend auf diese Absatzform angewiesen ist. Vor allem auch Direktvertriebsunternehmen müssen Abzahlungsgeschäfte tätigen,[416] da die, von ihnen bevorzugt angegangenen, sozial schwachen Schichten, größere Barbeträge regelmäßig nicht aufbringen können.[416a]

---

415) Verordnung über Preisangaben vom 10. Mai 1973 BGBl I, 461

416) zum Zusammenhang Abzahlungsgeschäft - Haustürgeschäft siehe v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 102

416a) Jedoch wird seit der Verstärkung des Verbraucherschutzes durch Einführung des Widerrufsrechts vermehrt auf Barkäufe in Verbindung mit einem isolierten Kreditvertrag und andere Umgehungstechniken ausgewichen - siehe dazu Bundestagsdrucksache 8/234, S 7

3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung

Die Wirkung des 1974 in das Gesetz eingefügten Widerrufsrechts wird grundsätzlich positiv beurteilt; zum einen gibt es den Verbrauchern eine Selbsthilfemöglichkeit, andererseits erleichtert es aber auch den Verbraucherverbänden die Arbeit.[417] Die Widerrufsquote scheint zwar allgemein gering zu sein, ist aber z.B. in der relativ unseriösen Branche Buchclubwerbung[418] hoch.[419] Unseriöse Gewerbetreibende versuchen daher in zahlreichen Fällen, das Widerrufsrecht zu umgehen. Hierzu sind eine Reihe von Techniken entwickelt worden: Rückdatierung, keine Aushändigung der Widerrufsbelehrung, Aufspaltung des wirtschaftlich einheitlichen Vertrages in einzelne Barkaufverträge, Überreden zur Kreditaufnahme mit anschließendem Barkauf und anderes mehr.[420]

Nach § 6 AbzG finden die Vorschriften des AbzG auch Anwendung auf Umgehungsgeschäfte. Die Nichtaushändigung einer, den Anforderungen des § 1 b II AbzG genügenden Widerrufsbelehrung ist zivilrechtlich mit dem Nichtbeginn des Laufes der Widerrufsfrist und der daraus folgenden (§ 1 b I AbzG) schwebenden Unwirksamkeit des Abzahlungsgeschäftes sanktioniert. Die Aushändigung ist jedoch nicht ausdrücklich vorgeschrieben.[421] Eine derartige Konstellation ist

---

417) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 97; siehe dazu auch den Bericht der Bundesregierung in Bundestagsdrucksache 8/234, S 3

418) siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr. 70

419) angegeben werden 0,8 % Rücktritte bei allen Abzahlungsgeschäften, aber 50 % bei Buchclubwerbung; siehe v. Falckenstein, a.a.O., RdNr. 103 (mit weiteren Nachweisen)

420) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 99
siehe auch: BGH Urteil vom 06.12.1979 in NJW 80, 938;
LG Berlin, Urteil vom 06.02.1976 in NJW 77, 254;
BGH, Urteil vom 02.02.1977 in NJW 77, 714;
BGH, Urteil vom 09.03.1977 in NJW 77, 1058;
OLG Stuttgart, Urteil vom 16.12.1977 in WRP 78, 150

421) siehe dazu OLG Stuttgart, Urteil vom 16.12.1977 in WRP 78, 150 f

aber bei der zivilrechtlichen Sanktionierung geradezu typisch. So ist etwa bei der klassischen zivilrechtlichen Sanktion "Nichtigkeit" von Verträgen auch nicht der Abschluß derartiger Verträge verboten.[422] Daher stellt die nicht ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung einen Verstoß gegen § 1 b II AbzG dar. Eine andere Betrachtung würde das System der zivilrechtlichen Sanktionierung von Normen verkennen. Daß das Gesetz eine Heilungsmöglichkeit bei Nichtbelehrung über das Widerrufsrecht vorsieht, entspringt praktischen Notwendigkeiten und hat nichts mit einer gesetzgeberischen Billigung derartiger Praktiken zu tun.[423] Eine systematische Nichtbelehrung über das Widerrufsrecht wurde von der Rechtsprechung auch schon als sittenwidrige Wettbewerbshandlung und somit gegen § 1 UWG verstoßend, angesehen, so daß auch insoweit ein Verstoß gegen eine zivilrechtliche Vorschrift vorliegt.[423a]

Die systematische Nichtbelehrung über das Widerrufsrecht und die Umgehung des Widerrufsrechts sind die Hauptfälle, bei denen die Rechtsdurchsetzung des AbzG weitgehend unwirksam ist. Die Abzahlungskäufer sind häufig besonders rechtsunkundige und geistig wenig bewegliche Personen,[424] denen durch die Nichterteilung der Widerrufsbelehrung[425] dieser Rechtsbehelf praktisch abgeschnitten wird.[426] Gleiches gilt für die anderen Umgehungstechniken.

---

422) so z.B. bei § 138 BGB
423) wie 421)
423a) wie 421) siehe auch oben D II 4.
424) wie 421)
425) gleichgültig warum sie nun nicht erteilt (z.B. Nichtaushändigung, Umgehungsgeschäft etc.) oder unwirksam (Rückdatierung) gemacht wird
426) siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 99

4. Allgemeingefährdung durch Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz

Abzahlungskäufer sind generell besonders schutzbedürftig, weil sie häufig Inhalt und Tragweite der getroffenen Vereinbarungen nicht übersehen, ihre finanziellen Möglichkeiten überschätzen und der verstärkten Kaufmotivation durch die Möglichkeit, die Ware bereits gegen geringe Anzahlung besitzen zu können, erliegen.[427] Die erhöhte Schutzbedürftigkeit hat ihren Niederschlag im Abzahlungsgesetz gefunden.[428]

Soweit gegen die, für einen im Verfassungssinne gerechten Interessenausgleich, notwendigen Einschränkungen der Vertragsfreiheit durch das AbzG verstoßen wird, ist das öffentliche Interesse gefährdet.[429] Als Verstoß sind, wegen § 6 AbzG, auch alle Geschäfte anzusehen, die auf eine Umgehung des Abzahlungsgesetzes zielen.

Wichtigster Verstoß ist die Umgehung des Widerrufsrechts durch verschiedene Techniken. Er erfolgt vor allem durch unseriöse Gewerbetreibende im Direktverkauf. Derartige Praktiken richten sich weitgehend an rechtsunkundige und geistig wenig bewegliche, einfache Menschen.[430] Gerade gegenüber solchen, besonders schutzbedürftigen Kreisen verspricht die Umgehung der Form- und Belehrungsvorschriften des AbzG Erfolg. Ein Gewerbetreibender, der gegenüber besonders schutz-

427) OLG Stuttgart, Urteil vom 16.12.1977, WRP 78, 150 f
428) wie 427)
429) siehe dazu: Reich JZ 75, 550;
Hörle, Abzahlungsgeschäfte in Gruchot's Beiträge, 55. Jahrgang, S 222
430) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 101, 102, 103

bedürftigen Personen die Widerrufsbelehrung nicht in der vorgeschriebenen Art und Weise erteilt, vereitelt regelmäßig die Geltendmachung dieses Gestaltungsrechtes,[431] da die Abnehmer nicht übersehen können, ob ein derartiges Recht besteht. Da das Widerrufsrecht eingeführt wurde, um krassen Mißbräuchen bei Abzahlungsgeschäften zu begegnen,[432] liegt eine erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit vor, wenn die Widerrufsbelehrung nicht erteilt wird. Da das Geschäft bei vollständiger Bezahlung wirksam wird (§ 1 b II 5 AbzG), besteht für den Käufer keine Schutzmöglichkeit mehr, sobald der Abzahlungskauf erfüllt ist.

5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen das Abzahlungsgesetz verstoßen

Gewerbetreibende, die systematisch gegen das AbzG verstoßen, indem sie ihre Abnehmer nicht über das Widerrufsrecht in der vorgeschriebenen Form belehren oder andere Vorschriften des AbzG grundsätzlich nicht beachten, werden regelmäßig als unzuverlässig anzusehen sein. Ihr Freiheitsanspruch, gerade Abzahlungsgeschäfte abzuschließen, obwohl sie diese dazu benutzen, besonders schutzbedürftige Personen um ihre gesetzlichen Rechte zu bringen, wird gegenüber dem Schutzbedürfnis der Allgemeinheit zurückstehen müssen.[433]

---

431) siehe dazu OLG Stuttgart, Urteil vom 16.12.1977, in WRP 78, 150 (161)

432) Bundestagsdrucksache 7/1398, S. 2

433) so erörtert schon Hörle, a.a.O., S. 222 (aus dem Jahr 1911!), ein generelles Verbot der Abzahlungsgeschäfte, wenn den Mißbräuchen nicht anders abgeholfen werden kann

Ein systematischer Verstoß wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn dem Gewerbetreibenden klar sein mußte, daß die Vorschriften des AbzG auf seine Geschäftspraktiken Anwendung finden müssen, diesen aber nicht genügen und er sie trotzdem fortsetzt. Die Erkennbarkeit des Verstoßes für den Gewerbetreibenden wird regelmäßig dann gegeben sein, wenn der Verstoß ganz eindeutig ist. Ist die Beurteilung als Umgehungsgeschäft zweifelhaft, wird eine gerichtliche Verurteilung oder behördliche Abmahnung zur Erkennbarkeit des Verstoßes ausreichend und erforderlich sein.

Ein beachtlicher Einzelschaden wird bei Abzahlungsgeschäften regelmäßig gegeben sein, da bei geringem Kaufpreis praktisch immer Bargeschäfte getätigt werden.

6. Gesamtwürdigung

Das Abzahlungsgesetz ist von besonderer sozialer Relevanz, da es weitgehend gerade die besonders schutzbedürftigen Schichten der Bevölkerung vor der Macht der Abzahlungsverkäufer schützen soll.

Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz kommen vor allem im Rahmen unseriöser Gewerbeausübung vor. In diesem Bereich wird häufig versucht, die Rechte des Abnehmers zu verschleiern und deren Ausübung somit praktisch unmöglich zu machen.[434] Dabei gehen Direktver-

434) siehe v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 99

trieb, Wettbewerbsverstoß und Verstoß gegen das Abzahlungsgesetz häufig Hand in Hand.[435] Derartige Geschäftspraktiken können und müssen behördlich im Wege der Gewerbeunterbindung verhindert werden, weil sie durch Schädigung der sozial Schwachen auch die Allgemeinheit gefährden und anderweitig nicht wirkungsvoll gegen sie vorgegangen werden kann.[436]

---

435) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 122

436) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236, 249, sieht das Problem der nachhaltig unseriös handelnden Gewerbetreibenden als ungelöst an und fordert die Aktivierung bestehender verwaltungsrechtlicher Möglichkeiten

V. Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

1. Grundsätzliches

Die einseitig vorformulierten und standardisierten Vertragsbedingungen sind aus dem modernen Rechts- und Wirtschaftsverkehr nicht mehr wegzudenken. Dieser, teilweise aus Rationalisierungsgründen erforderliche Vorgang[437] birgt für den Geschäftspartner des Verwenders der allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) erhebliche Gefahren.[438]

Der Verwender solcher Geschäftsbedingungen ist regelmäßig bestrebt, das am Gerechtigkeitsgedanken ausgerichtete dispositive Recht einseitig zu seinen Gunsten abzubedingen.[439] Dies kann in AGB in einem Umfang erfolgen, wie dies beim Individualvertrag aus praktischen Gründen nicht möglich ist. Der Geschäftspartner des Verwenders beachtet die AGB bei Vertragsschluß häufig gar nicht; selbst wenn er sie beachtet, kann er deren Tragweite meist nicht erfassen.[440]

In dieser sozialen Ungleichgewichtslage traten erhebliche Mißstände auf, die mit dem sozialstaatlichen Gerechtigkeitsauftrag nicht zu vereinbaren waren.[441]

---

437) Löwe in Festschrift für Larenz, S. 374
438) Heinrichs in Palandt, Einführung 1 zu AGBG
439) Ulmer in Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, Einleitung RdNr 6
440) v. Hippel, a.a.O., S. 95
441) Ulmer, a.a.O., Einleitung RdNr 7;
Löwe in Festschrift für Larenz, S 375

Nachdem die Kontrolle von AGB zunächst auf richterrechtlicher Grundlage erfolgte, wurde am 06.12.1976 das Gesetz zur Regelung der AGB (AGBG) verkündet. Es greift als soziales Recht erheblich in die Privatautonomie ein, die aber in diesem Bereich praktisch nur für die Verwender besteht.[442]

Durch die §§ 9, 10, 11 AGBG werden bestimmte Klauseln in AGB für unwirksam erklärt. Daneben werden u.a. noch Voraussetzungen für die wirksame Einbeziehung von AGB in Verträge aufgestellt.

Einer der Hauptpunkte in der rechtspolitischen Diskussion vor Erlaß des AGBG war die Frage der Durchsetzungsform der Normen. Die Forderungen reichten von umfassender Präventivkontrolle[443] durch die Verwaltung über Registrierung mit Grobkontrolle[444] und Ombudsmann[445] bis hin zur rein zivilrechtlichen, nachträglichen Gerichtskontrolle.[446] Man entschied sich dann für letztere und verlieh, zur Behebung der hauptsächlich auf fehlender Initiative und Rechtsunkenntnis beruhenden Mängel der zivilrechtlichen Durchsetzung,[447] die Klagebefugnis bestimmten Verbänden nach dem Muster des § 13 UWG.[448] Die Verwender von AGB, die unwirksame Klauseln nach den §§ 9 - 11 AGBG enthalten, können auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Eine Verurteilung zur Unterlassung wirkt nicht nur inter partes, sondern generell; zur Sicherung dieser Wirkung werden die Unterlassungsklagen beim Bundeskartellamt registriert.[449] Der Geschäfts-

---

442) Löwe in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGBG, Einleitung RdNr 4, 5
443) v. Hippel, BB 73, 994 f
444) Gudian und Klingsporn, H 164 u. H 167 der Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages
445) Brandner, JZ 73, 617
446) Wolf, JZ 74, 41 (44)
447) zu den Mängeln zivilrechtlicher Durchsetzung im Verbraucherschutz: v. Hippel, a.a.O., S.125 f, 175 f, 183 f
448) §§ 13 ff AGBG
449) § 21 AGBG

partner des Verwenders kann die Unwirksamkeit von AGB-Klauseln nur inzident im Rechtsstreit um den Vertrag geltend machen.

2. Praktische Bedeutung für den Gewerbetreibenden

AGB haben heute im Geschäftsleben eine umfassende Bedeutung. Es hat sich jedoch als außerordentlich schwierig herausgestellt, AGB zu konzipieren, die keinen Verstoß gegen das AGBG enthalten. [450] Der Verstoß gegen das AGBG beruht daher häufig nicht darauf, daß der Gewerbetreibende sich über bestehendes Recht hinwegsetzen will, sondern darauf, daß er nicht erkannt hat, wo die Grenzen zivilen Rechts verlaufen.

3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung

In der Praxis hat die Unterlassungsklage nach § 13 AGBG die Erwartungen, die der Gesetzgeber in sie gesetzt hat, nicht erfüllt. [451] Die Zahl der beim Bundeskartellamt eingetragenen Verfahren ist gering. [452] Hinzu kommen jedoch noch Unterwerfungserklärungen, die vermutlich ein Vielfaches der eingetragenen Verfahren ausmachen. Die möglicherweise geringe Effektivität beruht wohl hauptsächlich darauf, daß die praktisch allein als Kläger in Betracht kommenden Verbraucherverbände nicht in der Lage sind, die Unterlassungsverfahren in hinreichendem Umfang zu betreiben, da ihnen hierzu die erforderlichen Mittel fehlen. [453]

---

450) Hensen in Ulmer/Brandner/Hensen, RdNr 20 der Einführung zu §§ 13 ff
451) Heinrichs in Palandt, Vorbemerkung 1 zu § 13 AGBG
452) wie 451
453) wie 451

Die Inzidentprüfung im Rechtsstreit um den Vertrag ist, wegen der geringen Anzahl rechtshängig werdender Verfahren und der fehlenden Breitenwirkung, nicht geeignet, eine Beachtung der Normen des AGBG durchzusetzen.[454]

4. Gefährdung der Allgemeinheit durch Verstöße gegen das AGBG

An der Befolgung der Normen des AGBG besteht ein erhebliches öffentliches Interesse, da es sich um soziales Recht handelt, das den sozial schwächeren Vertragspartner des Verwenders schützen soll.[455] Das öffentliche Interesse an der Befolgung der Normen des AGBG läßt sich auch an der Einführung des abstrakten Unterlassungsverfahrens der §§ 13 ff AGBG ersehen.

Die Rechtsdurchsetzung bei Verstößen gegen das AGBG ist lückenhaft. Dies kann schon aus der Tatsache entnommen werden, daß einige Jahre nach Erlaß des AGBG noch viele AGB unwirksame Klauseln enthalten.[456] Eine grundsätzliche Gefährdung der Allgemeinheit ist daher gegeben.

5. Anwendung des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen das AGBG verstoßen

Da ein wesentlicher Teil der verwendeten AGB unwirksame Klauseln enthält, wird man aus dem Vorhandensein

---

454) Löwe in Löwe/v. Westphalen/Trinkner, Kommentar zum AGBG, RdNr 1 - 4 der Vorbemerkung zu den §§ 13 ff

455) da eine sozialstaatliche Ordnung Mißbräuche der Vertragsfreiheit nicht hinnehmen kann:
Heinrichs in Palandt, Anm 2 der Einführung zum AGBG;
Reich, JZ 75, 550

456) Heinrichs in Palandt, Vorbemerkung 1 zu § 13 AGBG;
v. Hippel, a.a.O., S.110, hält die nachträgliche Gerichtskontrolle für unzureichend

von einzelnen Klauseln in den AGB des Gewerbetreibenden, die gegen das AGBG verstoßen, grundsätzlich nicht schließen können, daß dieser nicht gewillt sei, ziviles Recht zu beachten. Dies kann aber in Zusammenhang mit Verstößen gegen andere zivile Normen der Fall sein.

Gewerbeunterbindungsmaßnahmen allein auf Grund von Verstößen gegen das AGBG können in Frage kommen, wenn der Gewerbetreibende systematisch unwirksame Klauseln in seinen AGB verwendet, hauptsächlich mit besonders schutzwürdigen Personen kontrahiert und auch erhebliche wirtschaftliche Vorteile daraus zieht.

Der Schluß darauf, daß der Gewerbetreibende ziviles Recht nicht beachten will, könnte auch dann möglich sein, wenn der Gewerbetreibende bereits Unterlassungspflichten nach § 13 ff AGBG ausgesetzt ist und diesen zuwiderhandelt oder sie umgeht. Gleiches gilt, wenn er bereits Unterwerfungserklärungen abgegeben hat.

In diesen Fällen wird vornehmlich eine teilweise Gewerbeunterbindung in Betracht kommen, da dem Gewerbetreibenden ja die gefährdende Verhaltensweise - Verwendung von AGB - untersagt werden kann.

6. Gesamtwürdigung

Das Gros der leichteren Verstöße gegen das AGBG weist keine gewerbeunterbindungsrechtliche Relevanz auf. Eine solche kann nur in besonderen Fällen gegeben sein. Derartige Fälle können vorliegen, wenn der Gewerbetreibende bereits einschlägigen Unterlassungspflichten ausgesetzt ist und die Verbraucher erheblich schädigt. Bedeutung können die Verstöße gegen das AGBG auch in Verbindung mit anderen rechtswidrigen Schädigungen der Verbraucher haben.

Oft wird aber die Schädigung der Abnehmer über rechtswidrige AGB keine schnellen und hohen Gewinne versprechen.[457] Die Schädigungen der Abnehmer durch rechtswidrige AGB treten meist erst ein, wenn das Geschäft irgendwie fehlgegangen ist (Gewährleistung, Rücktritt etc.), so daß die ohne Beanstandung abgewickelten Geschäfte in diesen Fällen keine Schädigung des Abnehmers verursachen. AGB sind als Akquisitionsmittel zur Steigerung des Umsatzes nicht tauglich. Auf das Verhältnis Leistung - Gegenleistung haben sie meist nur geringen Einfluß. Für den Gewerbetreibenden ist es deshalb relativ mühsam, sich durch Rechtsverstöße, die auf das AGBG beschränkt sind, erhebliche wirtschaftliche Vorteile zu verschaffen. Der isolierte und hartnäckige AGBG-Verstoß wird daher bei den typisch unseriösen Gewerbetreibenden selten sein. Der grundsätzlich um rechtmäßiges Geschäftsgebaren bemühte Gewerbetreibende wird regelmäßig auch im Bereich des AGBG keine hartnäckigen Rechtsverstöße begehen.

Die Hauptbedeutung der Verstöße gegen das AGBG für Gewerbungsunterbindungsmaßnahmen dürfte in den Fällen liegen, in denen gleichzeitig auch gegen andere Rechtsnormen verstoßen wird.

457) wie etwa Wettbewerbsverstöße oder horrende (sittenwidrige) Preisaufschläge

VI. Verstöße gegen das Fernunterrichtsschutzgesetz

1. Grundsätzliches

Das Fernunterrichtsschutzgesetz (FUSG) regelt die entgeltliche Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten, bei der Lehrender und Lernender ausschließlich oder überwiegend räumlich getrennt sind und der Lehrende oder sein Beauftragter den Lernerfolg überwachen.[458]

Für den Fernunterricht besteht ein erhebliches Bedürfnis, eine Verbesserung der persönlichen Ausbildung kann auf diesem Weg in örtlicher Ungebundenheit und optimaler Anpassung an den individuellen Lernrhythmus erfolgen.[459]

In der Praxis traten erhebliche Mißstände beim Fernunterrichtsvertrag auf. Vor allem wurden die rüden Werbemethoden, die Lieferung qualitativ unzureichenden Lehrmaterials und die teilnehmerfeindliche Vertragsgestaltung im Fall des Rücktritts beklagt.[460] So gingen z.B. bei den Verbraucherverbänden in den Jahren 1971 - 1975 in erheblichem Umfang Reklamationen über Fernlehrkurse ein.[461] Am häufigsten erfolgten Irreführungen über Inhalt und Umfang der Kurse, über Abschlußmöglichkeiten und die Brauchbarkeit der Abschlußzertifikate im Berufsleben.[462] Kündigte der Teilnehmer

---

458) § 1 FUSG, teilweise findet das Gesetz auch auf unentgeltlichen Fernunterricht Anwendung (§ 1 II FUSG)
459) Dörner, BB 77, 1739
460) Dörner, BB 77, 1739
461) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 64, 70, sowie Tabellen 3 und 4
462) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 86

einen Fernunterrichtsvertrag, weil er seine Begabung oder Lernbereitschaft überschätzt hatte, drohten ihm hohe finanzielle Verluste.[463]

Zur Behebung dieser Mißstände wurde das FUSG am 24.08.1976 erlassen.[464] Es ist eine Kombination privatrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Instrumentariums. Kernstück ist dabei die Zulassungspflicht von Fernlehrgängen.[465] Daneben werden in zahlreichen, zwingenden zivilrechtlichen Normen bestimmte Anforderungen an den Inhalt und die Form von Fernunterrichtsverträgen gestellt. Soweit die für bestimmte Fernlehrgänge vorgesehenen bzw. abgeschlossenen Verträge den Anforderungen nicht genügen, ist die Zulassung zu versagen bzw. zu widerrufen.[466]

Die öffentlich-rechtlich sanktionierten Normen des FUSG stellen bestimmte Anforderungen an das Informationsmaterial, mit dem der Veranstalter wirbt (§ 16), schränken die Möglichkeit der Beratung in der Wohnung potentieller Teilnehmer ein (§ 17 I), verbieten die Mitwirkung des Veranstalters bzw. der von ihm beauftragten Personen bei Abgabe und Übermittlung der auf Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung (§ 17 II) und statuieren Auskunfts-, Anzeige- und Zulassungspflichten (§§ 20, 12 I). Soweit gegen diese öffentlich-rechtlich sanktionierten Normen des FUSG verstoßen wird, ist dies auf die Zulassung des Lehrgangs ohne Belang, mit Ausnahme des Verstoßes gegen § 16 FUSG.

---

463) Dörner, BB 77, 1739
464) Fernunterrichtsschutzgesetz vom 24.08.1976, BGBl I, 2525
465) § 12 FUSG
466) §§ 12 II Nr. 4, 14 I, II FUSG

Die Zulassung von Fernlehrgängen bzw. deren Widerruf ist eine spezielle Gewerbeunterbindungsmaßnahme, die Versagungs- und Widerrufsgründe sind eine spezialgesetzliche Ausformung des Unzuverlässigkeitsbegriffes. Daß der Gesetzgeber zwar alle Verstöße gegen die zivilrechtlichen Normen des FUSG als Zulassungsversagungsgründe normiert hat, dagegen den Verstoß gegen die öffentlich-rechtlichen Normen des FUSG nur in einem Ausnahmefall, zeigt ganz deutlich, daß das öffentliche Interesse an der Befolgung einer Norm nicht mit deren öffentlich-rechtlicher Sanktionierung gekoppelt ist. Denn sonst hätte der Gesetzgeber alle die Normen öffentlich-rechtlich ausgestalten müssen, deren Befolgung er für so wichtig hielt, daß er daran die Zulassungsfähigkeit des Lehrgangs knüpfte. Im FUSG sind aber gerade die weniger wichtigen Normen öffentlich-rechtlich sanktioniert worden.

2. Praktische Bedeutung des FUSG für den Gewerbetreibenden

Die Veranstaltung von Fernlehrgängen wird durch das FUSG grundlegend und umfassend bestimmt. Die Vorschriften des Gesetzes betreffen sowohl den vorvertraglichen Bereich (bestimmte Anforderungen an das Informationsmaterial, § 16; "Haustürgeschäfte" nur eingeschränkt möglich, § 17) als auch Form und Inhalt des Vertrages. Zusätzlich bestehen noch Pflichten gegenüber der Verwaltungsbehörde (z.B. Auskunftspflicht, § 20).

3. Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung

Die Kombination privatrechtlich sanktionierter Normen, deren Verletzung öffentlich-rechtlich durch Versagung der Zulassung für den Lehrgang geahndet wird, mit einigen Ordnungswidrigkeitstatbeständen scheint effektiv zu sein.[467] Zuwiderhandlungen sind jedenfalls in der Fachpresse nicht bekannt geworden. Die drohende Versagung bzw. der Widerruf der Zulassung sind außerordentlich wirksame Instrumente, um den Gewerbetreibenden zur Einhaltung der Normen des FUSG anzuhalten. Die Organisation und Planung eines Fernunterrichtslehrganges nimmt zuviel Zeit und Mühe in Anspruch, als daß es interessant wäre, das Risiko des Zulassungsverlustes wegen möglicher Vorteile aus der Verletzung der Normen des FUSG auf sich zu nehmen.

4. Gesamtwürdigung

Wegen der effektiven Durchsetzung der Normen des FUSG erübrigt sich eine weitere Erörterung, ob der Verstoß gegen diese Normen zu Gewerbeunterbindungsmaßnahmen führen kann. Die Zulassungsversagung für Fernlehrgänge ist zwar nicht auf die Person des Veranstalters (Gewerbetreibenden) bezogen, dürfte jedoch auf Grund der Eigenart von Fernlehrgängen[468] und der Ausgestaltung der Versagungsvorschrift in der Lage sein, unzuverlässige Gewerbetreibende aus der Branche fernzuhalten. Dies dürfte vor allem auch deshalb der Fall sein, weil Verstöße gegen die zivilrechtlichen Pflichten als Untersagungsgründe normiert sind.

---

467) so auch Dörner, BB 77, 1739; auch v. Hippel, a.a.O., S. 204, sieht im FUSG einen großen Fortschritt

468) erhebliche Arbeit und Kosten zur Vorbereitung der Veranstaltung

VII. Verstöße gegen das GWB

1. Grundsätzliches

Neben der Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes ist die Sicherung des freien Wettbewerbes die andere, große Aufgabe der Rechtsordnung in einer Marktwirtschaft.[469] Die Erhaltung des freien Wettbewerbs bedingt, daß wirtschaftliche Macht dort beseitigt werden muß, wo sie die Wirksamkeit des Wettbewerbs und den daraus hervorgehenden Anreiz zur Leistungssteigerung beeinträchtigt und die bestmögliche Versorgung des Verbrauchers in Frage stellt.[470] Neben dieser ökonomischen Zielsetzung soll auch eine freiheitliche Ordnung für die Marktteilnehmer geschaffen werden, da nur sie der Wertvorstellung des Grundgesetzes von der freien menschlichen Persönlichkeit entspricht.[471]

Diesen Zielen dient das GWB. Es ist Teil eines einheitlichen Rechtsgebietes, das im wesentlichen aus GWB und UWG besteht.[472] Trotz ihrer, vom Schwerpunkt her unterschiedlichen Zielsetzung, befassen sich beide Gesetze nicht selten mit ähnlichen Sachverhalten. So können sich etwa die Anwendungsbereiche von § 1 UWG mit den §§ 22, 26 GWB überschneiden.[473]

---

469) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen RdNr 76
470) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen RdNr 84, mit weiterem Nachweis
471) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen RdNr 84
472) Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedsstaaten der EWG, Band III, S.9, 25
473) Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, Begründung B VI 2, in WRP 78, 227 (293)

Gemeinsames Ziel beider Rechtsgebiete ist der Schutz des Wettbewerbs, wobei beim GWB stärker der Schutz der Allgemeinheit, im UWG mehr der Schutz des einzelnen betont wird.[474] Der Schutz umfaßt aber in beiden Fällen die Interessen der Mitbewerber, der übrigen Marktbeteiligten und der Allgemeinheit.[475]

Das Sanktionssystem des GWB ist weitgehend doppelt. Zum einen sind Verträge und Beschlüsse, die gegen Bestimmungen des GWB verstoßen, grundsätzlich nichtig,[476] daneben werden auch noch bestimmte Verhaltensweisen verboten.[477] Die schuldhafte Zuwiderhandlung gegen Vorschriften des Gesetzes oder auf Grund des Gesetzes ergangene Verfügungen der Kartellbehörde ist über § 35 GWB auch noch mit Schadenersatz- und Unterlassungsansprüchen sanktioniert. Zusätzlich sind Verstöße gegen das GWB oder gegen Verfügungen, die auf diesem Gesetz beruhen, weitgehend öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 38 GWB). Es bestehen in zahlreichen Fällen spezielle Eingriffs- und Aufsichtsbefugnisse,[478] in deren Folge dann die bereits erwähnten Verfügungen der Behörde ergehen können.

Durch die jüngste Novelle zum Kartellgesetz sollen vor allem die Fusionskontrolle und die Mißbrauchsaufsicht verbessert werden, um machtbedingte Wettbewerbsvorteile abzubauen und auch kleineren und mittleren Unternehmen weiterhin eine Chance zu geben.[479] Die in der

---

474) Hefermehl, a.a.O., Allgemeine Grundlagen RdNr 88
475) wie 474)
476) z.B. §§ 1, 15 GWB, anders aber die grundsätzlich wirksamen Folgeverträge - siehe dazu Traub, GRUR 80, 673 f
477) z.B. §§ 25, 26 GWB
478) z.B. §§ 14, 17, 18, 22 GWB
479) siehe Lambsdorff, Geleitwort zur 4. Kartellgesetznovelle, Schriftenreihe Wirtschaft und Wettbewerb

rechtspolitischen Diskussion vorgeschlagene Einführung einer Verbandsklage im GWB[480] wurde nicht realisiert.

2. Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen die Normen des GWB verstoßen

Das komplexe Sanktionssystem des GWB könnte ein Bedürfnis für die Anwendung von Gewerbeunterbindungsmaßnahmen ausschließen. Da umfangreiche Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde bestehen und diese auch die Möglichkeit hat, hohe Bußgelder zu verhängen, scheint für zusätzliche Eingriffe einer weiteren Behörde wenig Raum. Daß das Sanktionssystem des GWB aber nicht alle Bereiche ausreichend abdeckt, kann schon daraus ersehen werden, daß die Einführung einer Verbraucherverbandsklage verlangt wird. Dies hat seine Ursache wohl darin, daß die Berücksichtigung der Verbraucherbelange bei den Maßnahmen der Kartellbehörden nur ein Teilaspekt ist.

In der Tat sind Bereiche vorstellbar, in denen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen erforderlich sein können. So etwa, wenn den Vorschriften des GWB und den darauf beruhenden Verfügungen der Kartellbehörde systematisch zuwider gehandelt wird und die Ahndung über Bußgelder nach § 38 GWB wegen nicht nachweisbaren Verschuldens unmöglich oder, infolge fehlender Beitreibbarkeit oder aus anderen Gründen, wirkungslos ist. Gleiches gilt,

---

480) siehe Annecke, ZRP 78, 173 (174)

wenn z.B. erhebliche Gefährdungen schon durch Abschluß nichtiger Verträge entstehen und ein Hinwegsetzen über die Nichtigkeit nicht nachweisbar ist. Denkbar wären Gewerbeunterbindungsmaßnahmen auch dann, wenn durch Machtmißbrauch besonders schutzwürdige Personen (abhängige Händler, Verbraucher) in erheblichem Umfang geschädigt werden und das GWB-Instrumentarium aus irgendwelchen Gründen keinen Erfolg verspricht.

Insgesamt gesehen, werden Verstöße lediglich gegen die zivilrechtlichen Normen des GWB keine große Rolle spielen und demzufolge Gewerbeunterbindungsmaßnahmen wegen solcher Verstöße nur in ganz außergewöhnlichen Fällen angezeigt sein. Eher kommen noch Gewerbeunterbindungsmaßnahmen wegen Verstößen gegen § 38 GWB in Betracht, wenn die Ahndung als Ordnungswidrigkeit, wegen nicht nachweisbarer subjektiver Tatbestandselemente oder aus anderen Gründen, keinen Erfolg verspricht.

VIII. Verstöße gegen das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung

1. Grundsätzliches

Das Wohnungsvermittlungsgesetz[481] gilt für Makler, die den Abschluß von Mietverträgen über Wohnräume vermitteln, bzw. Gelegenheit zum Abschluß solcher Verträge nachweisen.

Das Gesetz enthält eine Reihe zwingender zivilrechtlicher Normen, die im wesentlichen den Inhalt des Maklervertrages bestimmen. So wird etwa in einer Anzahl von Fällen eine Entgeltspflicht ausgeschlossen (§ 2 I, II, III), auch darf der Makler keine Vorschüsse verlangen oder entgegennehmen (§ 2 IV) und keine Vergütungen für Nebenleistungen fordern (§ 3 II), sowie keine Koppelungsgeschäfte tätigen (§ 3 III). Außerdem sind einige zwingende Normen, wie etwa die Pflicht, das Entgelt in einem Vielfachen der Wohnungsmiete anzugeben, öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 8). Auch das Anbieten von Wohnräumen ohne Auftrag oder die nicht als Maklerangebot kenntliche und nicht über Preis und Nebenleistung informierende Anzeigen-Werbung sind öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit sanktioniert (§ 8).

Auch im Rahmen des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung zeigt sich, daß der Gesetzgeber nicht die materiellen Kernvorschriften öffentlich-

---

481) vom 09.11.1971, BGBl I, 1747

rechtlich als Ordnungswidrigkeit ausgestaltet hat, sondern Normen, die hautpsächlich die Übersichtlichkeit des Vertragsangebots des Maklers gewährleisten sollen und daher mehr formaler Natur sind. Dagegen sind die Kernvorschriften des Gesetzes, die für den Schutz des Wohnungssuchenden in erster Linie[482] von Bedeutung sind, rein zivilrechtlich, entweder direkt oder jedenfalls über § 134 BGB, mit Nichtigkeit sanktioniert.

Im Verhältnis Wohnungsmakler - Wohnungssuchender herrscht eine starke Ungleichgewichtslage. Der Wohnungssuchende befindet sich häufig in einer Zwangslage,[483] da er dringend eine Wohnung braucht. Die unveränderte Mangelsituation auf dem Wohnungsmarkt führt dazu, daß die Makler sachlich nicht gerechtfertigte Vertragsbestimmungen durchsetzen können.[484] Das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung ist daher soziales Recht. Es will den Mißbrauch der Vertragsfreiheit durch den sozial Mächtigeren eindämmen.

2. Die Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes bei Verstößen gegen die zivilrechtlich sanktionierten Bestimmungen des Gesetzes

Die Durchsetzung der rein zivilrechtlich sanktionierten Normen des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsver-

---

482) für den Schutz des Wohnungssuchenden sind aber auch die Informationspflichten des Maklers von Bedeutung
483) siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 79
484) so z.B. Koppelungsgeschäfte mit Möbelkauf und Kreditvermittlung, siehe v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 79

mittlung krankt an den allgemeinen Mängeln der zivilen Rechtsdurchsetzung.[485] Unter den Wohnungssuchenden befinden sich hauptsächlich sozial schwache Personen, denen es an Rechtskunde und finanziellen Möglichkeiten fehlt, um sich auf einen Zivilprozeß einzulassen. In aller Regel haben sie in der Zwangssituation der Wohnungssuche auch einen vom Makler vorgelegten Vermittlungsvertrag unterschrieben und sind der Ansicht, daß sie die Leistungen aus diesem Vertrag auch erbringen müssen.

Wohnungsmakler, die die Zwangssituation von Wohnungssuchenden benutzen, um sich entgegen den gesetzlichen Bestimmungen Vorteile auf Kosten sozial schwacher Schichten zu verschaffen,[486] gefährden die sozialstaatliche Gerechtigkeitsidee und damit das öffentliche Interesse.[487]

Eine Untersagung wegen Unzuverlässigkeit wird regelmäßig dann in Frage kommen, wenn der Wohnungsmakler sein Geschäftsgebaren insgesamt auf derartige Praktiken stützt und dadurch einen erheblichen Gesamtschaden verursacht. Aber auch dann, wenn der Gewerbetreibende nur gelegentlich ihm besonders unbedarft erscheinende Personen schädigt und dadurch erhebliche Einzelschäden verursacht, wird man bei mehrmaligem, offensichtlichen Verstoß davon ausgehen müssen, daß er nicht gewillt ist, berufsspezifische Vorschriften einzuhalten. Er wird dann regelmäßig als unzuverlässig anzusehen sein.

---

485) siehe dazu v. Hippel, a.a.O., S. 125 f, 175 f, 183 f
486) z.B. durch unzulässigerweise gekoppelte Abschlüsse über Kredit oder Möbel - siehe v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 79
487) siehe dazu allgemein oben C I 2

IX. Verstöße gegen die Makler- und Bauträgerverordnung

1. Grundsätzliches

Die MaBVO[488] gilt für Gewerbetreibende, die nach § 34 c I GewO der Erlaubnis bedürfen. Die Verordnung enthält eine ganze Reihe zwingender Normen; vor allem für Fälle, in denen der Gewerbetreibende Vermögenswerte des Auftraggebers entgegennimmt (§§ 2, 3, 4, 6, 8, 11 MaBVO). Diese, das Rechtsverhältnis Privater betreffenden Normen sind aber mit Ausnahme des § 8 MaBVO öffentlich-rechtlich sanktioniert (§ 18 MaBVO). Es bestehen weiterhin auch eine Reihe ebenfalls öffentlich-rechtlich sanktionierter Anzeige-, Buchführungs-, Aufbewahrungs-, Auskunfts- und Prüfungspflichten (§§ 9, 10, 13, 14, 15, 16 MaBVO) gegenüber der Verwaltungsbehörde.

Diese, praktisch vollständig öffentlich-rechtliche Regelung einer, im wesentlichen zivilrechtlichen Materie, ist als systemwidrig verworfen[489] und als abschreckendes Beispiel[490] für eine gesetzgeberische Lösung bezeichnet worden. Eine der Folgeerscheinungen ist, daß ungeklärt ist, welche zivilrechtlichen Auswirkungen ein Verstoß gegen die MaBVO hat.[490a]

An der Regelungsbedürftigkeit der Materie aus Gründen des gerechten sozialen Interessenausgleiches kann jedoch nicht gezweifelt werden, da eine Reihe von Bau-

---

488) Verordnung über die Pflichten der Makler, Darlehens- und Anlagenvermittler, Bauträger und Baubetreuer (MaBVO) vom 20. Juni 1975, BGBl I, 1352

489) Bundesratsdrucksache 179/75, S. 8

490) Hillermeier, BB 76, 725 (727)

490a) zweifelhaft ist, ob überhaupt Zivilrecht vorliegt, ob § 134 BGB anwendbar ist, ob der Verstoß gegen die MaBVO eine positive Vertragsverletzung darstellt u.s.w.,
siehe dazu Kanzleiter, Vierteljahresbeilage zum GewA 81 Nr. 2, S. 98 f (mit weiteren Nachweisen)

trägerpleiten gerade bei schutzwürdigen Kreisen der Bevölkerung zu immensen Schäden geführt hat.[491]

2. Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes auf Gewerbetreibende, die gegen die MaBVO verstoßen

Gewerbetreibende, die gegen die MaBVO verstoßen, werden praktisch immer den objektiven Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllen. Insofern können Verstöße auch schon nach der h. M. bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit berücksichtigt werden.[492]

Insbesondere dann, wenn Gewerbetreibende gegen die Verpflichtungen aus den §§ 2, 3, 4, 6, 11 MaBVO verstoßen, drohen Vermögensverluste der Auftraggeber, die nach der Wertung des Gesetzgebers[493] sozial nicht erträglich sind und damit öffentliche Interessen gefährden. Dabei werden schon ganz wenige Verstöße regelmäßig den Schluß zulassen, daß sich der Gewerbetreibende nicht an das, für ihn einschlägige Recht halten will und daher die Allgemeinheit erheblich gefährdet. Da der Schaden beim einzelnen nahezu

---

491) erinnert sei nur an den Hubmannfall: siehe Urteil vom 15.02.1979 in NJW 79, 1354; in dem, dem Urteil zugrunde liegenden Fall war der Einzelschaden aus nicht genügender Absicherung von Vermögenswerten des Auftraggebers, die der Bauträger in Empfang genommen hatte, DM 50.000,--; geschädigt wurden hauptsächlich alte Menschen;
Kopf und Bäumler in NJW 79, 1871 beziffern den Gesamtschaden im Hubmannfall auf 200 Millionen DM

492) siehe dazu oben B IV 2

493) die in der Ausgestaltung als zwingendes Recht zum Ausdruck kommt

immer sehr hoch sein wird,[494] ist eine schnelle Gewerbeunterbindung geboten. Dies gilt auch dann, wenn der subjektive Tatbestand nicht nachgewiesen werden kann und damit öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht verletzt sind. Derartige Verstöße sind dem Vermögen des einzelnen Auftraggebers nicht weniger gefährlich.

Wegen der Entgegennahme von häufig erheblichen Vermögenswerten des Auftraggebers sind an die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden im Makler- und Bauträgergewerbe hohe Anforderungen zu stellen. Wenige, unter Umständen auch schuldlose Verstöße, können zur Bejahung der Unzuverlässigkeit führen, wenn aus ihnen eine erhebliche Gefährdung der Vermögensinteressen der Auftraggeber resultiert.

---

494) siehe Fußnote 491)

X. Verstöße gegen das Heimgesetz

1. Grundsätzliches

Einzelne Fälle von Übervorteilung, Ausnutzung und Vernachlässigung von Heimbewohnern führten zum Gesetz über Altenheime, Altenwohnheime und Pflegeheime für Volljährige[495] (Heimgesetz).[496]

Die Änderung der Familien- und Wohnverhältnisse bringt es mit sich, daß immer mehr alte Menschen in Heimen untergebracht werden müssen.[497] Diese häufig pflege- und betreuungsbedürftigen Personen sind besonders schutzwürdig, da sie regelmäßig in der gesamten Lebensführung von dem Heim, in dem sie untergebracht sind, abhängig und deshalb, aber auch wegen Rechtsunkenntnis und altersbedingter, fehlender geistiger Beweglichkeit, gegenüber dem Heimträger und dessen Personal wenig abwehrfähig sind. Wegen dieser besonderen Schutzbedürftigkeit ist die Regelung und Überwachung des Betriebes von Alten- und Pflegeheimen eine unerläßliche öffentliche Aufgabe.[498]

Das Heimgesetz bestimmt eine Erlaubnispflicht für Alten- und Pflegeheime.[499] Die Erlaubnis wird nur

---

495) Finkelnburg, NJW 76, 1477,
siehe auch Urteil des VG Berlin vom 15.11.1967 in GewA 70,63
496) vom 7. August 1974, BGBl I 1873
497) Finkelnburg, NJW 76, 1477
498) wie 497)
499) § 6 HeimG

für bestimmte Räume und Einrichtungen und für bestimmte (zuverlässige) Personen erteilt. Dem Antrag auf Erlaubnis sind Musterverträge mit den zukünftigen Heiminsassen beizulegen. Ergibt sich aus ihnen ein Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, ist die Erlaubnis ebenfalls zu versagen.

Darüber hinaus bestehen eine Reihe weiterer, öffentlich-rechtlich als Ordnungswidrigkeit (§ 17 HeimG) sanktionierter Normen. Zu nennen sind etwa Anzeige-, Buchführungs-, Melde- und Auskunftspflichten, das Verbot, von Heiminsassen Vermögensvorteile anzunehmen und anderes mehr (§§ 7, 8, 9, 14 HeimG). Als rein zivilrechtliche Pflicht muß ein (schriftlicher) Heimvertrag[500] abgeschlossen werden, vor Vertragsabschluß muß der Bewerber schriftlich über Art und Umfang der Heimleistungen informiert werden (§ 4 HeimG). Diese Pflichten sind nicht direkt sanktioniert, die Anwendbarkeit von § 134 BGB erscheint sehr fraglich, weil § 4 HeimG hauptsächlich die Art und Weise des Zustandekommens des Heimvertrages, nicht aber dessen Inhalt betrifft.[501]

2. Anwendbarkeit des Unzuverlässigkeitsbegriffes

In den vom Heimgesetz geregelten Fällen besteht eine typische soziale Ungleichgewichtslage. Schädigungen

---

500) so Finkelnburg, NJW 76, 1477 (1479)

501) wenn sich das Verbot nur gegen Form und Umstände eines Rechtsgeschäftes richtet, fehlt das Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Versagung der Rechtswirksamkeit, siehe Heinrichs in Palandt, Anm 2 zu § 134

durch Verstöße gegen rein zivilrechtlich sanktionierte Normen sind nach dem HeimG praktisch nicht möglich, da alle wesentlichen Normen öffentlich-rechtlich sanktioniert sind. Die Informationspflicht kann über Auflagen und Anordnungen der Verwaltungsbehörde durchgesetzt werden. Im Rahmen eines erlaubten Betriebes sind Schädigungen durch fehlende Informationen kaum zu erwarten.

Als unzuverlässig wird regelmäßig anzusehen sein, wer verbotswidrig in erheblichem Umfang Vermögensvorteile entgegennimmt oder fordert oder wer die vereinbarten Gegenleistungen systematisch schmälert bzw. nicht zur Ausführung bringt. Eine Bejahung der Unzuverlässigkeit wird schon bei relativ wenigen Verstößen möglich sein, weil an das Gewerbe wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit der Heiminsassen hohe Anforderungen zu stellen sind. Auch schuldlose und damit öffentliches Recht nicht verletzende Verstöße gegen das Verbot, Vermögensvorteile entgegenzunehmen, können genügen.

E. Zusammenfassung

I. Verwertbarkeit der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei Prüfung der Unzuverlässigkeit

1. Generelle Verwertbarkeit

Zwingende zivilrechtliche Normen verkörpern Prinzipien, die aus Gründen des gemeinen Wohls für alle verbindlich sind.[502] Vom öffentlichen Interesse an der Befolgung her sind zivilrechtliche Normen von öffentlich-rechtlichen Normen nicht grundsätzlich verschieden.[503] Aus der Form der Sanktionierung einer Norm kann nicht auf die Höhe des öffentlichen Interesses an der Befolgung geschlossen werden, weil Grund für die Wahl der Sanktionsform in aller Regel nicht der Umfang dieses öffentlichen Interesses ist. Vielmehr stellt die voraussichtliche Effektivität der Durchsetzungsform das beherrschende Motiv dar. Die gerechte Interessenausgleichung Privater untereinander ist im sozialen Staat von hohem Interesse.[504] Gleiches muß daher für die Befolgung der zivilrechtlichen Normen gelten, da der Gesetzgeber vor allem mit diesen auf einen gerechten gesellschaftlichen Innenausgleich hinwirken will.

---

502) BVerfGE 7, 206

503) Bullinger, öffentliches Recht und Privatrecht, S.77, geht davon aus, daß die äußeren Formen von privatem und öffentlichem Recht vertauscht werden können, ohne daß sich in der Sache mehr als graduelle Unterschiede ergeben

504) Radbruch, a.a.O., S.227

Die theoretischen Möglichkeiten der Durchsetzung zivilrechtlicher Normen durch die jeweils Betroffenen bzw. durch Verbände, die deren Interessen vertreten, können in der Paxis zu wenig realisiert werden,[505] als daß sie eine Gefährdung der Allgemeinheit durch Gewerbetreibende, die gegen diese Normen verstoßen, generell beseitigen könnten.

Die typische, von Gewerbetreibenden ausgehende Gefährdung liegt im Vermögensbereich der mit ihnen in geschäftlichem Kontakt stehenden Personen. Die dem Güter- und Dienstleistungsaustausch dienende Gewerbeausübung bietet vor allem Gelegenheit zur Verursachung von Vermögensschäden, da der Austausch wichtigster Bestandteil vermögensbezogenen Handelns ist. Da das Zivilrecht allgemeines Vermögensrecht ist[506] und die Rechtsbeziehungen Gewerbetreibender - Kunde vermögensrechtlicher Natur sind, ist gerade das Zivilrecht für dieses Verhältnis einschlägig. Durch die Verletzung zivilrechtlicher Normen seitens des Gewerbetreibenden nimmt dieser eine Schädigungsmöglichkeit wahr, die weitgehend nur im Rahmen der Gewerbeausübung besteht.

Die das Vermögen schützenden öffentlich-rechtlichen Straftatbestände sind im Bereich der vermögensbezogenen Handlungen zwar teilweise auch einschlägig, wegen der notwendigen Bestimmtheit und der hohen Beweisanforderungen aber häufig nicht in der Lage, die Vielfalt der Schädigungsmöglichkeiten, die Gewerbetreibende im Rahmen der Gewerbeausübung haben, zu erfassen.[507]

---

505) v. Hippel. a.a.O., S. 125 f, 164, 175 f, 183 f
506) Reich, ZRP 74, 187 (188)
507) Schricker, GRUR Int 73, 694 (698)

Für den Geschädigten und damit auch für die Gefährdung der Allgemeinheit macht es keinen wesentlichen Unterschied, ob der Schaden durch strafrechtlich relevantes Verhalten verursacht wurde oder ob er auf der Verletzung zivilen Rechts beruht.

Verstöße gegen zivilrechtliche Normen müssen daher als gewerbespezifische und die Allgemeinheit gefährdende Handlungen bei der Prüfung der Unzuverlässigkeit grundsätzlich beachtet werden. Durch eine derartige Handhabung des Unzuverlässigkeitsbegriffes könnte der Graubereich zur Wirtschaftskriminalität, in den bisher nicht wirksam eingegriffen wird,[508] jedenfalls teilweise bereinigt werden.

Die Aufgabe zur Durchsetzung sozialstaatlicher Gerechtigkeit erfordert die Ausnutzung bestehender gesetzlicher Eingriffsmöglichkeiten,[509] wenn die soziale Gerechtigkeitsidee, die wesentlich auch durch zwingende zivilrechtliche Normen verkörpert wird, gefährdet ist.

2. Die Gewichtung der Verstöße gegen zivilrechtliche Normen

Das Gewicht, das Verstöße gegen zivilrechtliche Normen bei der Feststellung der gewerblichen Unzuverlässigkeit haben, hängt von mehreren Umständen ab. Zum einen kommt

---

508) v. Falckenstein, WRP 78, 502 (509) (bezüglich Gewerbetreibenden, die nachhaltig Wettbewerbsverstöße begehen)

509) die Aktivierung bestehender gesetzlicher Möglichkeiten zur Bekämpfung unseriöser Gewerbetreibender fordert auch v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 249

es darauf an, ob der Verstoß für den Gewerbetreibenden erkennbar war, da dann eher auf seinen Willen zur Mißachtung derartiger Vorschriften geschlossen werden kann. Auch die Zahl der Verstöße ist für die Feststellung dieses Mißachtungswillens bedeutsam. Weiterhin kommt es auf die Höhe von Einzel- und Gesamtschaden an, da geringe Schäden möglicherweise auf eine erhebliche Gefährdung der Allgemeinheit durch weitere Gewerbeausübung nicht schließen lassen. Erhebliche Bedeutung hat ebenso die Abwehrfähigkeit der Geschädigten, da das Ausmaß der Allgemeingefährdung auch davon abhängt.

Bei diesen verschiedenen, zu beachtenden Umständen handelt es sich um Faktoren, die erst durch ihre Summierung eine Grundlage für eine Prognose der zukünftig von der Gewerbeausübung des betroffenen Gewerbetreibenden ausgehenden Gefährdung der Allgemeinheit abgeben. Bei dieser Prognose müssen aber noch weitere persönlichkeitsbezogene Gesichtspunkte, wie z.B. längere beanstandungsfreie Gewerbeausübung, berücksichtigt werden.

3. Anwendbarkeit vor allem zum Schutz des privaten Letztverbrauchers

Gewerbetreibende, die gegen ziviles Recht verstoßen, schädigen vor allem den privaten Letztverbraucher. Die verursachten Schäden sind immens, wenn auch in ihrer konkreten Höhe schwer festzustellen. Allein die Schäden durch Wettbewerbsverstöße wurden anhand der bei den Verbraucherverbänden eingehenden Reklamationen und der aus demoskopischen Untersuchungen ungefähr bekannten Dunkelziffer vorsichtig auf jähr-

lich 1,5 Mrd DM hochgerechnet.[510] Das rechtspolitische Bedürfnis des Verbraucherschutzes ist unbestritten.[511] Den dem Gewerbetreibenden sozial regelmäßig weit unterlegenen Verbraucher zu schützen, ist dem sozialstaatlichen Auftrag immanent. Von der Rechtsprechung ist anerkannt, daß Belange des Verbraucherschutzes ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse darstellen, das subjektive Zulassungsschranken, wie die Untersagung der Gewerbeausübung, durchaus rechtfertigen kann.[512] Gerade auch der Schutz unkritischer Personen obliegt der Verwaltung.[513] Gewerbetreibende, die unbehindert ihr Gewerbe ausüben, sind in den Augen der Bevölkerung mit einem gewissen Zuverlässigkeitssiegel der Verwaltung versehen.[514] Der private Letztverbraucher ist regelmäßig nicht in der Lage, zivilrechtliche Verstöße des Gewerbetreibenden zu erkennen und sich gegen solche Verstöße erfolgreich zu wehren.

Die Arbeit der Verbraucherverbände kann die Gefährdung des Verbrauchers durch hartnäckig gegen ziviles Recht verstoßende Gewerbetreibende auch nicht beseitigen.[515]

Daher stellen hartnäckig gegen ziviles Recht verstoßende und dadurch erhebliche Schäden bei privaten Letztverbrauchern verursachende Gewerbetreibende eine erhebliche Gemeingefährdung dar. Diese muß praktisch immer zu Gewerbeunterbindungsmaßnahmen führen. Ein hartnäckiger Verstoß wird regelmäßig dann anzunehmen

---

510) Schricker, GRUR 79, 1 (3)
511) siehe etwa v. Falckenstein, WRP 78, 502 (510); Reich ZRP 74, 187
512) BVerfGE 19, 330 (338); BVerwGE 39, 247 (251)
513) Hess. VGH vom 19.01.1972 in GewA 72, 123 (124)
514) auch Hellwig, a.a.O., S.43, geht von einem gutgläubigen Vertrauen der Bevölkerung in die Gewerbetreibenden aus
515) von Falckenstein, a.a.O., RdNr 236

sein, wenn der Gewerbetreibende für ihn klar erkennbare Verstöße vielfach begangen hat. Soweit der Gewerbetreibende wegen gleichartiger oder andersartiger Verstöße bereits Unterlassungspflichten oder Abmahnungen der Behörde oder Privater ausgesetzt war, wird man schon aus weiteren Verstößen die Gefahr zukünftiger hartnäckiger Normverstöße ersehen können. Wenige Verstöße können auch dann auf ein zukünftig rechtswidriges Verhalten schließen lassen, wenn der beim einzelnen verursachte Schaden hoch ist und besonders schutzbedürftige Verbrauchergruppen geschädigt wurden.

War dem Gewerbetreibenden bei den Verstößen gegen zivilrechtliche Normen die Rechtswidrigkeit nicht erkennbar, so wird man für die Erwartung weiterer Rechtsverletzungen regelmäßig ein Mehr an vorliegenden Verstößen fordern müssen, wie wenn der Verstoß erkennbar war. Die Erkennbarkeit kann vor allem bei den Verstößen gegen die Generalklauseln der §§ 1, 3 UWG, 138 BGB ausgeschlossen sein, wenn die Verstöße im Grenzbereich zum Erlaubten sind. Der Verstoß gegen branchenspezifische Normen, wie etwa die Bestimmungen des Wohnungsvermittlungsgesetzes oder der MaBVO, wird dagegen für den Gewerbetreibenden in aller Regel erkennbar sein, vor allem dann, wenn es sich nicht um Generalklauseln handelt.

Die nach geltendem Recht möglichen Gewerbeunterbindungsmaßnahmen müssen zum Schutz des Verbrauchers in den Fällen hartnäckigen oder aus anderen Gründen erheblichen Verstoßes gegen zivilrechtliche Normen eingesetzt werden.[516)]

---

516) so auch Hellwig, a.a.O., S. 43;
von Falckenstein, a.a.O., RdNr 249

4. Sonderfall Haustürgeschäfte und ähnliche Vertriebsformen

Der Kauf an der Haustür, wie auch der in ähnlichen Situationen, z.B. auf Kaffeefahrten und Werbeveranstaltungen auf Märkten, birgt für den privaten Letztverbrauche erhöhte Risiken.[517] Dies resultiert aus mehreren Umständen. Zum einen wenden sich derartige Vertriebsformen häufig gezielt an Personen, die in besonderem Maß rechtsunkundig, geistig unbeweglich und dadurch in der Abwehrfähigkeit erheblich beeinträchtigt sind.[518] Hinzu kommt die besondere Situation des Verkaufes: der Käufer wird überrumpelt, hat keine Preis- und Marktübersicht und kann sie sich auch nicht mehr verschaffen.[519] Die verkaufspsychologisch geschulten Verkäufer gehen oft mit solcher Aggressivität vor, daß der Kunde den Vertrag nur abschließt, damit er seine Ruhe hat.[520]

Die wirtschaftlichen Werte, die mit diesen Vertriebsformen umgesetzt werden, sind sehr hoch. Dies sieht man schon daran, daß der durchschnittliche Schaden des Abnehmers rund 500 DM beträgt.[520a]

Beim Vertrieb außerhalb ständiger Geschäftslokale sind Wettbewerbsverstöße wie auch Verstöße gegen § 138 BGB und gegen die Pflicht zur Widerrufsbelehrung bei Abzahlungskäufen besonders häufig.[521] Ein erheblicher

---

517) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 102;
Jung, ZRP 81, 137 ff;
zu Haustürgeschäften in Verbindung mit Abzahlungskäufen: Bundestagsdrucksache 7/1398

518) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103;
Bartsch, ZRP 73, 219 (221)

519) Bartsch, ZRP 73, 219 (220 f)

520) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 74, 103

520a) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 109, 110

521) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 73, 74, 80 - 84, 99 - 105

Teil der unseriösen und auf rechtswidrige Übervorteilung der Kundschaft bedachten Gewerbetreibenden ist in diesem Bereich tätig.[521a)] Die Verstöße werden oft von angestellten Werbern und ähnlichen Personen begangen. Der Gewerbetreibende beruft sich darauf, daß er von Verstößen nichts weiß und entläßt notfalls ein paar besonders aggressive Leute, ohne daß sich insgesamt viel ändert.[522)] Eine der Ursachen dieser Mißstände ist sicher auch die schlechte umsatzabhängige Entlohnung der Werber und Verkäufer, die das Existenzminimum regelmäßig nicht wesentlich übersteigt.[523)] Die Gefährdung geht hier ganz eindeutig von der Vertriebsform aus. Zum einen sind die Werber zu aggressivem Vorgehen gezwungen, um sich das Existenzminimum zu sichern, zum anderen scheint das Metier in besonderem Umfang unseriöse Elemente anzuziehen. Gewerbeunterbindungsmaßnahmen gegen Gewerbetreibende, deren Werber und Angestellte gegen ziviles Recht verstoßen, werden regelmäßig dann möglich sein, wenn ersichtlich ist, daß die Verstöße durch die konkrete Betriebsführung bedingt sind. Dies wird man dann annehmen können, wenn unseriöse Werber oder Angestellte keine Einzelfälle sind und die Entlohnung sehr schlecht ist.

Als konkrete Gewerbeunterbindungsmaßnahme wird häufig die Untersagung der gefährdenden Vertriebsform genügen. Je nach Lage des Einzelfalls kann es sich dabei um eine Berufsausübungsregelung, aber auch um eine Regelung der Berufswahl handeln. Bei Berufsausübungs-

---

521a) Wettbewerbsverstöße bei Haustürgeschäften machen ein Drittel des Arbeitsanfalls der Verbraucherverbände aus - v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103

522) siehe dazu v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103

523) wie 522

regelungen, die regelmäßig dann anzunehmen sein werden, wenn das Gewerbe auch in weniger gefährlichen Vertriebsformen betrieben werden kann, ist das Interesse des Gewerbetreibenden, gerade die gefährliche Vertriebsform auszuüben, nicht allzu hoch zu veranschlagen. Dies hat zur Folge, daß die Einschreitschwelle erheblich reduziert ist, so daß wenige, nicht völlig unbedeutende Verstöße genügen können. Liegt doch einmal eine subjektive Zulassungsschranke vor, wird sie in der Nähe zur Berufsausübungsregelung angesiedelt sein, so daß die Einschreitschwelle gegenüber der normalen Gewerbeuntersagung immer noch reduziert ist.

Eine Reduktion der Einschreitschwelle folgt aber auch daraus, daß diese Vertriebsform für den privaten Letztverbraucher besonders gefährlich ist und daher an die gewerbebezogene Zuverlässigkeit besonders hohe Anforderungen zu stellen sind.

In den Fällen des Vertriebs außerhalb ständiger Geschäftslokale sind Gewerbeunterbindungsmaßnahmen häufig unter erleichterten Voraussetzungen möglich.[524)] Wegen der besonderen Mißstände auf diesem Gebiet erscheint ein Einschreiten auch als dringend erforderlich.[524a)]

---

524) auch v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 103 erscheint der Direktvertrieb in minderem Umfang schutzbedürftig

524a) zur Beseitigung der Mißstände wird schon seit vielen Jahren ein allgemeines Widerrufsrecht für Verträge, die außerhalb ständiger Geschäftsräume abgeschlossen werden, gefordert
- siehe dazu Jung, ZRP 81, 137 ff (mit weiteren Nachweisen)

5. Zusammenstellung der in diesem Zusammenhang wichtigen zivilrechtlichen Normen

Wichtigste zivilrechtliche Normen, gegen die unseriöse Gewerbetreibende verstoßen, sind die Generalklauseln der §§ 1, 3 UWG, 138 BGB. Sie erfassen einen Großteil der vermögensbezogenen Handlungsweisen, mit denen Gewerbetreibende den privaten Letztverbraucher schädigen.

Bedeutsam sind auch noch Verstöße gegen das Abzahlungsgesetz, insbesondere durch Umgehung der Erteilung der Widerrufsbelehrung.[525)]

Verstöße gegen das AGBG können bei hartnäckigen Fällen Bedeutung erlangen oder in Zusammenhang mit anderen Verstößen. Da eine völlige Übereinstimmung von AGB mit dem AGBG nur schwer zu erzielen ist, dürfen kleinere Verstöße und Erstverstöße nicht zu hoch bewertet werden.

Verstöße gegen das GWB werden nur in außergewöhnlichen Fällen Anlaß zu Gewerbeunterbindungsmaßnahmen im Rahmen des Unzuverlässigkeitsbegriffes sein, da die Kartellbehörde insoweit umfangreiche Befugnisse besitzt und regelmäßig auch wahrnimmt.

Von den zivilrechtlichen Vorschriften, die nur für ein Gewerbe gelten, ist das Gesetz zur Regelung der Wohnungsvermittlung von Bedeutung für das Maklergewerbe. Die für Makler und Bauträger geltende MaBVO ist öffentlich-rechtlich sanktioniert, so daß eine Untersagung auf Grund zivilrechtlicher Norm-Verstöße nicht in Betracht kommen wird.

---

525) die systematische Nichterteilung der Widerrufsbelehrung verstößt auch gegen § 1 UWG - siehe OLG Stuttgart, Urteil vom 16. Dezember 1977 in WRP 78, 150

Wegen der Gefahr außerordentlich hoher Schäden können bei Verstößen gegen die Absicherungspflichten gegenüber den Kunden Gewerbeunterbindungsmaßnahmen aber auch dann erforderlich sein, wenn die öffentlich-rechtliche Sanktion, wegen nicht nachweisbaren Verschuldens, nicht verwirkt ist. Geringe Bedeutung werden Verstöße gegen rein zivilrechtliche Normen im Rahmen des HeimG haben, da dieses ebenfalls weitgehend öffentlich-rechtlich sanktioniert ist.

Im FUSG hat der Gesetzgeber ein komplexes Durchsetzungssystem geschaffen, dessen Besonderheit darin liegt, daß die in der Wirkung einer Gewerbeunterbindungsmaßnahme gleichkommende Lehrgangszulassung bei Verstößen gegen die zivilrechtlichen Normen des FUSG erfolgen kann und muß. Für allgemeine, auf die Person des Gewerbetreibenden zugreifende Gewerbeunterbindungsmaßnahmen bleibt daher im Anwendungsbereich des FUSG wenig Raum.

Die Verhängung von Gewerbeunterbindungsmaßnahmen bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen, die bisher noch nicht erwähnt wurden, ist durchaus denkbar. So könnte etwa ein Reiseveranstalter, der laufend gegen § 651 c I BGB verstößt, indem er grob fehlerhafte Reisen erbringt, als unzuverlässig angesehen werden.

Verstöße gegen weniger bedeutende zivilrechtliche Normen oder weniger gewichtige Verstöße können in Zusammenhang mit anderen, auf eine Unzuverlässigkeit hinweisenden Tatsachen von Bedeutung sein und den Ausschlag für die Bejahung der Unzuverlässigkeit geben.

c. Ausschluß der Verwertbarkeit zivilrechtlicher Verstöße in den Fällen des § 35 III GewO

Nach § 35 III GewO dürfen die Verwaltungsbehörden von der Beurteilung des Sachverhaltes und der Schuldfrage durch Strafurteile und gleichgestellte Entscheidungen[525a)] nicht zum Nachteil des Betroffenen abweichen, wenn sie den gleichen Sachverhalt einem Untersagungsverfahren nach § 35 GewO zu Grunde legen wollen.

In Zusammenhang mit zivilrechtlichen Verstößen kann diese Bindungswirkung relevant werden, wenn Normen doppelt sanktioniert sind. Wird beispielsweise durch freisprechendes Urteil festgestellt, daß der Gewerbetreibende nicht gegen § 4 UWG verstoßen hat, weil die Werbung nicht irreführend war, darf die Verwaltungsbehörde im Untersagungsverfahren einen zivilrechtlichen Verstoß gegen § 3 UWG nicht annehmen, da die Irreführung auch Tatbestandsmerkmal des § 3 UWG ist. Voraussetzung für die Erstrekkung der Bindungswirkung auf die Feststellung zivilrechlicher Verstöße ist, daß der Straftatbestand wegen solcher fehlender Tatbestandselemente verneint wurde, die gleichzeitig zum zivilrechtlichen Tatbestand gehören. Ergeht daher z.B. ein Freispruch wegen Verstoßes gegen § 4 UWG, weil lediglich die erforderliche "Absicht" nicht nachweisbar war, kann die Verwaltungsbehörde trotzdem von einem Verstoß gegen § 3 UWG ausgehen, weil die "Absicht" bei § 3 UWG nicht Tatbestandsmerkmal ist.

525a) Entscheidungen über vorläufige Berufsverbote (§ 132 a StPO), Strafbefehle (§ 407 StPO), gerichtliche Entscheidungen durch die die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wird (§ 204 StPO), Bußgeldentscheidungen (aber nur die gerichtlichen - siehe Fuhr, a.a.O., Nr. 8 e zu § 35);
siehe dazu Metzner, Vierteljahresbeilage zum GewA 81 Nr. 1, S 43 ff (53 f) (mit weiteren Nachweisen)

Eine weitere Bindungswirkung nach § 35 III GewO besteht, wenn in einem Strafurteil oder gleichgestellten Entscheidungen[525b] in Hinblick auf § 70 StGB - Berufsverbot - erörtert wird, ob der Gewerbetreibende bei der Gewerbeausübung weitere rechtswidrige Taten begehen werde und ob ein Berufsverbot erforderlich ist. Diese Bindungswirkung soll widersprüchliche Entscheidungen hinsichtlich der Zukunftsprognose und der Gefährlichkeit verhindern. Sie greift aber dann nicht ein, wenn die Verwaltungsbehörde einen umfassenderen Sachverhalt würdigt, als dies das betreffende Strafurteil getan hat.[525c]

Ist ein Gewerbetreibender daher z.B. wegen Verstößen gegen § 4 UWG verurteilt worden und wurde der Ausspruch eines Berufsverbotes abgelehnt, darf die Verwaltungsbehörde eine Gewerbeuntersagung nicht lediglich auf die in dem Urteil festgestellten Verstöße (die ja gleichzeitig die zivilrechtliche Norm des § 3 UWG verletzen) stützen. Sind der Verwaltungsbehörde jedoch weitere Verstöße bekannt, die dem betreffenden Strafurteil nicht zu Grunde lagen, ist die Verwaltungsbehörde nicht gehindert, eine andere Prognose hinsichtlich der Gefährlichkeit des Gewerbetreibenden und der Notwendigkeit einer Gewerbeunterbindungsmaßnahme (eines Berufsverbotes) zu stellen.

525b) §§ 132 a, 407, 204 StPO - siehe 525 a) - jedoch nicht Bußgeldentscheidungen (nach dem letzten Halbsatz des § 35 III GewO)

525c) h.M. - siehe Fuhr, a.a.O., Nr. 8 i (2) zu § 35

II. Bedeutung der Gewerbeunterbindung bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen

1. Die Notwendigkeit des Einsatzes der zivilrechtlichen Sanktionsform zur wirksamen Rechtsdurchsetzung

a) Für die Regelung der Rechtsverhältnisse Privater untereinander ist die zivilrechtliche Durchsetzungsform die naheliegendste. Sie gewährt die Ansprüche dem Betroffenen, der an der Rechtsdurchsetzung direkt interessiert ist und die Verhältnisse am besten kennt. Daß der Betroffene Kosten und Risiko der Rechtsdurchsetzung zu tragen hat, verbürgt weitgehend deren ökonomische Handhabung. Außerdem kann das Zivilrecht mit Generalklauseln arbeiten, die bei der Vielfalt schädigender Handlungsweisen und der schnellen Fortentwicklung der tatsächlichen Verhältnisse häufig allein geeignet sind, gemeinschaftsschädigende Verhaltensweisen zu erfassen.[526)]

b) Bei der öffentlich-rechtlichen Sanktionsform müssen Verfolgungsbehörden die Rechtsdurchsetzung betreiben; ihnen fehlt es aber chronisch an Informationen über die Rechtsverhältnisse Privater.[527)] Die Sicherung einer ausreichenden Information ist, nach bisheriger Erfahrung, nur durch große und damit kostspielige Kontrollbehörden möglich.[528)]

Im Verhältnis zwischen den Privaten besteht hinsichtlich der Rechtsfolgen aus dem Verstoß gegen die öffentlich-rechtliche Sanktion eine erhebliche Rechtsunsicherheit.[528a)]

---

526) Schricker, GRUR Int 73, 694 (698)
527) in diese Richtung auch Schricker, GRUR Int 73, 694 (697) und Bender, NJW 80, 1132 (Fußnote 28)
528) Ahrens, WRP 80, 129 (133)
528a) siehe Kanzleiter, a.a.O., S. 98 f

Dadurch, daß dem Betroffenen keine Ansprüche gewährt werden, ist dessen Interesse, die Rechtsdurchsetzung zu fördern, häufig gering. Zudem ist die Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Sanktionsform durch die aus Gründen des Individualschutzes notwendigen, hohen Beweisanforderungen und den aus gleichen Gründen notwendigen Nachweis subjektiver Tatbestandselemente beeinträchtigt.[529] Generalklauseln sind, ebenfalls aus Gründen des Individualschutzes, nicht möglich.[530]

c) Zur Erfassung der zahllosen Schädigungsmöglichkeiten des privaten Letztverbrauchers durch Gewerbetreibende sind vor allem Generalklauseln geeignet.[531] Verstöße gegen sie haben im Verhältnis Gewerbetreibender - Kunde auch zahlenmäßig die größte Bedeutung.[532] Die öffentlich-rechtliche Sanktionsform leistet in diesem Bereich zu wenig.

Die vom Gesetzgeber teilweise vorgenommene Doppelsanktionierung[533] weist verschiedene Nachteile auf. So führt sie zu einer Zersplitterung der Rechtsverfolgung mit allen damit verbundenen Nachteilen, wie etwa der Unübersichtlichkeit, der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen und der teilweisen gegenseitigen Behinderung der Verfolgung. Auch wird die Möglichkeit, auf den kosten- und risikofreien öffentlich-rechtlichen Durchsetzungsweg auszuweichen, oft die Initiative zur privaten Rechtsdurchsetzung lähmen.[534] Daher kann auch die Doppelsanktionierung kein Allheilmittel sein.

---

529) Kerl, WRP 78, 342;
Schricker, GRUR Int 73, 694 (698)
530) wie 526)
531) wie 526)
532) von Falckenstein, a.a.O., RdNr 68 (zu §§ 1, 3, UWG), RdNr 92 (zu § 138 BGB)
533) z.B. Teile der MaBVO und des HeimG in Verbindung mit § 134 BGB
534) Ahrens, WRP 80, 129 (133)

Eher bietet sich an, die Mängel der zivilrechtlichen Durchsetzungsform systemimmanent zu beseitigen.[535] Die Einführung der Klagebefugnis für Verbraucherverbände,[536] aber auch z.B. die Schaffung eines verbesserten Armenrechts'[537] sind Schritte des Gesetzgebers in diese Richtung. Sie sollen den Hauptmangel des Zivilrechts - Mängel in der effektiven Durchsetzung, wenn der Geschädigte sozial erheblich schwächer ist als der Schädiger - ausgleichen. Die diesbezüglichen Bemühungen des Gesetzgebers zeigen, daß auch er die zivilrechtliche Durchsetzungsform in dem Verhältnis Gewerbetreibender - Letztverbraucher für unverzichtbar hält.

d) Wenn auch in Teilbereichen die Vorteile einer öffentlich-rechtlichen Sanktionierung - hoheitliche Ermittlungsbefugnisse, Mächtigkeit der Verfolgungsbehörden, Abschreckung durch diskriminierende Strafen, u.s.w. - überwiegen mögen, muß die öffentlich-rechtliche Sanktionierung insgesamt bei der Rechtsdurchsetzung im Verhältnis Gewerbetreibender - privater Letztverbraucher auf eine ergänzende Rolle beschränkt bleiben.[538] Die praktisch nur bei zivilrechtlichen Sanktionen mögliche Selbstbestimmung des Geschädigten, ob er sein Recht durchsetzen will oder nicht, entspricht am besten den grundgesetzlichen Wertvorstellungen eines freien und menschenwürdigen Daseins.[538a] Eingriffe des

---

535) Schricker, GRUR Int 73, 694 (699)
536) Schricker, GRUR 79, 1 (6) sieht die Verbandsklage als Alternative zur öffentlich-rechtlichen Wettbewerbskontrolle, ebenso Damm, ZRP 78, 167
537) Gesetz über die Prozeßkostenhilfe vom 13.06.1980, BGBl I, 677; Gesetz über Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen (Beratungshilfegesetz) vom 18.06.1980, BGBl I, 689; siehe zu beiden Gesetzen: Grunsky, NJW 80, 2041
538) so auch Stauder, ZRP 80, 217 (222); Schricker, GRUR Int 73, 694 (699)
538a) Art 1 I, 2 I GG

Staates in diese Selbstbestimmung sind grundsätzlich nicht erforderlich. Ist die Selbstbestimmung auf Grund sozialer Machtunterschiede erheblich behindert, müssen vorrangig diese Machtunterschiede relativiert werden. Ist dies nicht in ausreichender Weise möglich, ist eine öffentlich-rechtliche Sanktionierung angezeigt.

e) Der Gesetzgeber wird daher auch zukünftig nicht alle Normen, an deren Befolgung ein öffentliches Interesse besteht, öffentlich-rechtlich sanktionieren können. Dies würde den Verzicht auf eine, in erheblichen Teilen gut funktionierende Durchsetzungsform bedeuten[539] sowie auf theoretische und praktische Durchsetzungsmöglichkeiten, über welche die öffentlich-rechtliche Sanktionsform nicht verfügt. Die grundsätzlich mögliche Doppelsanktionierung führt zur Rechtszersplitterung und den damit verbundenen Nachteilen.[540]

Daher ist es auch zukünftig notwendig und zweckmäßig, rein zivilrechtliche Sanktionen zur Rechtsdurchsetzung zu verwenden. Die Nachteile der zivilrechtlichen Sanktionsform können, jedenfalls teilweise, systemimmanent behoben werden.[541]

---

539) Schricker, GRUR Int 73, 694 (697) (zum UWG)
540) siehe dazu Lach, GewA 76, 77 (zur MABVO)
541) so z.B. durch Schaffung neuartiger privatrechtlicher Sanktionen, wie sie Stauder, ZRP 80, 217 (222) vorschlägt oder durch Verbesserung der Verbandsklage, siehe dazu die Überlegungen bei v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 238 ff, 250 ff; siehe auch v. Hippel, a.a.O., S. 126 ff

2. Die Gewerbeunterbindung bei Verstößen gegen zivilrechtliche Normen als Maßnahme zur teilweisen Behebung der Mängel der zivilrechtlichen Sanktionsform

Ein erheblicher Teil der Schädigungen der privaten Letztverbraucher durch Verstöße von Gewerbetreibenden gegen zivilrechtliche Normen geht von relativ wenigen, hartnäckig derartige Normen verletzenden Gewerbetreibenden aus.[542] Ihnen ist im Rahmen des zivilrechtlichen Sanktionssystems kaum beizukommen, da sie häufig sehr flexibel und, in Folge der rechtswidrigen Schädigungen der Verbraucher, oft auch äußerst finanzkräftig sind.[543] Die Machtlosigkeit der Geschädigten, aber auch der Verbraucherverbände gegenüber diesen, notorisch ziviles Recht verletzenden Gewerbetreibenden ist einer der gravierendsten Mängel des zivilrechtlichen Sanktionssystems im Verbraucherschutz.[544] Die Verbraucherverbände trauen sich an derartige Gewerbetreibende teilweise gar nicht heran. Öffentlich-rechtliche Sanktionen können wegen Beweisschwierigkeiten oder nicht passenden Tatbeständen nicht greifen.[545]

Gerade in diesem Problembereich könnte die Verwaltung, entgegen ihrer bisherigen Übung,[546] mit Gewerbeunterbindungsmaßnahmen einschreiten.

---

542) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 174
543) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 174, RdNr 80, 81, 82, 83, 88;
aber auch das strafrechtliche Sanktionssystem ist gegen derartige Gewerbetreibende nicht effektiv:
siehe dazu Kerl, WRP 78, 342 (343)
544) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 236
545) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 88;
Begründung, B III, zum Regierungsentwurf zur Änderung des UWG, WRP 78, 277 (281 f) - beides zur "progressiven Kundenwerbung"
546) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 230

Bei hartnäckig gegen ziviles Recht verstoßenden Gewerbetreibenden werden Gewerbeunterbindungsmaßnahmen regelmäßig zulässig sein. Gleiches gilt für Gewerbetreibende, die immer wieder Angestellte oder Beauftragte beschäftigen, die gegenüber dem privaten Letztverbraucher gegen ziviles Recht verstoßen.

Wird solchen notorisch rechtsverletzenden Gewerbetreibenden die Gewerbeausübung verboten, wird dies im Verhältnis zwischen Gewerbetreibenden und privaten Letztverbrauchern zu einer erheblichen Reduktion der Zivilrechtsverstöße führen, da diese zu einem Großteil durch solche unseriöse Gewerbetreibende begangen werden.

Der Gewerbeunterbindung bei Zivilrechtsverstößen würde auch eine erhebliche präventive Wirkung zukommen, da sich viele Gewerbetreibende hüten würden, zivile Normen zu verletzen, wenn ihnen deshalb Gewerbeunterbindungsmaßnahmen drohen. Voraussetzung dieser Reflexwirkung ist jedoch eine effektive Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechts. Die Maßnahmen dürfen nicht lediglich theoretisch möglich sein. Für den unseriösen Gewerbetreibenden muß ein hohes Risiko der Verwirklichung gegeben sein.

Eine Entfernung der hauptsächlich gegen ziviles Recht verstoßenden Gewerbetreibenden aus dem Geschäftsleben und die Präventionswirkung, die von real zu befürchtenden Gewerbeunterbindungsmaßnahmen ausgeht, könnte die vorgeschlagene, rechtlich und tatsächlich erforderliche Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechtes zu einer erheblich verbesserten Beachtung zivilen Rechts durch die Gewerbetreibenden führen.

3. Einfluß der vorgeschlagenen Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechts auf Gesetzgebung und Recht

Da wirksame Gewerbeunterbindungsmaßnahmen zu einer verbesserten Beachtung zivilen Rechts führen würden, könnte in einer Reihe von Fällen auf die öffentlich-rechtliche Sanktionierung verzichtet werden. Soweit Pflichten zwischen Privaten bestehen, ist die öffentlich-rechtliche Sanktionierung systemwidrig.[547] Daher könnte z.B. die öffentlich-rechtliche Sanktionierung der MaBVO und des HeimG entfallen. Eine Besinnung auf die zivilrechtliche Sanktionsform könnte die Rechtszersplitterung in diesen Bereichen verhindern. Das zivilrechtliche Sanktionssystem erscheint auch noch erheblich entwicklungsfähiger[548] als die einem gewissen Typenzwang[549] unterliegende öffentlich-rechtliche Sanktionsform. Es bietet insgesamt mehr Möglichkeiten, Rechtsverstöße wirksam zu sanktionieren als das öffentlich-rechtliche System. Gerade in den Bereichen, in denen die Verhältnisse Privater untereinander geregelt werden, ist die öffentlich-rechtliche Sanktionsform häufig wirkungslos;[550] insbesondere ist ihre Auswirkung auf das Verhältnis der Privaten häufig unklar.[550a]

---

547) siehe dazu die Kritik des Bundesrates an der öffentlich-rechtlichen Sanktionierung der MaBVO - Bundesratsdrucksache 179/75, S. 8; zur Fülle der zivilrechtlichen Probleme aufgrund der öffentlich-rechtlichen Sanktionierung der MaBVO siehe Kanzleiter, a.a.O., S. 98 f

548) in diese Richtung auch Stauder, ZRP 80, 219 (221 f); Schricker, GRUR Int 73, 694 (699); Ahrens, WRP 80, 129 ff

549) vor allem durch den aus Individualschutzgründen notwendigen Nachweis subjektiver Tatbestandselemente und die aus gleichen Gründen notwendige Begrenztheit der Tatbestände

550) Kerl, WRP 78, 342, (Wettbewerbsverstöße); Reich, ZRP 78, 100, (Wettbewerbsverstöße); Schricker GRUR Int 73, 694 (698) (zur öffentlich-rechtlichen Sanktionierung des Wettbewerbs- und Lebensmittelrechts)

550a) Kanzleiter, a.a.O., S. 98 f (zur MaBVO)

Ein gezieltes Ausnutzen der im zivilrechtlichen Sanktionssystem steckenden Möglichkeiten[551] und der Verzicht auf öffentlich-rechtliche Sanktionen zur Regelung der Verhältnisse Privater untereinander könnte die Gesamteffektivität der Rechtsdurchsetzung erhöhen[552] und einer Rechtszersplitterung entgegenwirken.

---

551) so wurde etwa erst in den letzten Jahren die zivilrechtliche Unterlassungsvollstreckung für Zwecke des Verbraucherschutzes "entdeckt" - v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 156

552) Bender, NJW 80, 1129 (1130) gibt als Faustregel an, daß die zivilrechtliche Sanktionierung immer wirksamer sei, weil dann viele Geschädigte als "unbezahlte Staatsanwälte" tätig werden

III. Maßnahmen zur Erleichterung der Handhabung von Gewerbeunterbindungsmaßnahmen

1. Sicherung des Informationsflusses an die Gewerbeämter

a) Hier bietet sich zunächst die intensive Kontaktaufnahme mit Stellen an, die Verbraucherreklamationen bearbeiten. In Frage kommen vor allem die Verbraucherverbände,[553] aber auch die verschiedenen Einrichtungen der Industrie- und Handelskammern, denen Verbraucherbeschwerden zufließen.[554] Der Umfang der bei den Industrie- und Handelskammern eingehenden Beschwerden ist erheblich, er wird auf 30.000 Beanstandungen pro Jahr geschätzt.

Notorisch rechtsverletzende Gewerbetreibende sind den reklamationsbearbeitenden Stellen häufig bekannt, so daß eine gesonderte Auswertung des gesamten Reklamationsmaterials gar nicht erforderlich ist. Wichtig wäre eine zentrale Speicherung derjenigen Reklamationen, welche die Verletzung zwingenden Rechts betreffen, da dann schneller erkannt werden könnte, ob Gewerbetreibende gehäuft gegen ziviles Recht verstoßen.

---

553) hier scheint jedenfalls in den Städten schon eine gewisse Zusammenarbeit zu bestehen - v. Falckenstein, a.a.O., S. 50

554) in Frage käme aber auch der Kontakt mit gewerblichen Verbänden zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs oder mit den Schiedsstellen des Handwerks (Kfz- und Reinigungsgewerbe)

b) Als Informationsquelle ließen sich auch die Gerichte nutzen, wenn sie einschlägige Verfahren, in denen eine Übervorteilung des privaten Letztverbrauchers naheliegend erscheint, an die Gewerbeämter melden würden. Gerade wenn sozial schwache Beklagte zur Abnahme und Bezahlung von Ware verurteilt werden müssen, sind oft unseriöse Gewerbetreibende die Kläger. Typisch ist in solchen Fällen, daß die Klagebegründung bereits vervielfältigt ist, häufig erscheint der Beklagte gar nicht. Insofern liegt durchaus eine gewisse, vom Richter erkennbare Typik vor.

   Die Meldepflicht müßte gesetzlich oder in der bundeseinheitlichen Verwaltungsvorschrift über Mitteilungspflichten in Zivilsachen verankert werden.

   Der Grundsatz der Neutralität der Zivilgerichte wäre dadurch nicht mehr berührt, als er durch die Mitteilungspflichten in Strafsachen berührt wird.

c) Auch die Staatsanwaltschaften müßten ihnen bekanntgewordene einschlägige Fälle, in denen die strafrechtliche Verfolgung nicht möglich ist, an die Gewerbeämter melden.

d) Durch eine verstärkte Aufklärungsarbeit müßten gerade die sozial schwachen und daher durch Gewerbetreibende, die ziviles Recht verletzen, besonders gefährdeten Gruppen der Bevölkerung dazu gebracht werden, Rechtsverletzungen durch Gewerbetreibende bei Stellen anzuzeigen, denen die Wahrung von Verbraucherbelangen obliegt.

2. Verstärkte Überwachung der zu Verstößen gegen ziviles Recht neigenden Branchen und Vertriebsformen, sowie der bereits einschlägig aufgefallenen Gewerbetreibenden

Rechtstatsächliche Untersuchungen haben gezeigt, daß vor allem bestimmte Branchen wie der Zeitschriftenabonnementvertrieb, Wäscheversand, Buchclubwerbung u.s.w. zu Verstößen gegen ziviles Recht neigen.[555]

Gleiches gilt allgemein für Direktvertrieb und Abzahlungsgeschäfte. Diese Problembereiche müssen durch die Gewerbeämter verstärkt überwacht werden.

Gewerbetreibenden, deren Verhalten bereits vielfach zu Verbraucherbeschwerden geführt hat, muß besonderes Augenmerk gewidmet werden. Ihr Geschäftsgebaren ist durch gelegentliche Stichproben zu prüfen.

Durch eine solch selektive Überwachung wird auch der Gesamtaufwand für die verstärkte Überwachung nicht allzu hoch sein.

3. Besondere Zurückhaltung bei der Erteilung von Reisegewerbekarten

Da erhebliche Gefahren für den privaten Letztverbraucher vor allem auch durch Haustürverkäufer drohen, diese aber regelmäßig eine Reisegewerbekarte brauchen,[556] bietet es sich an, bei der Prüfung,

---

555) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 70, 73, 86
556) §§ 55, 55 a GewO

ob diese Erlaubnis erteilt werden kann, besonders strenge Maßstäbe anzulegen. Das rechtfertigt sich aus der besonderen Gefährlichkeit dieser Vertriebsform[557] für den privaten Letztverbraucher. Daher sind hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zu stellen. Insbesondere Bewerbern, die schon gegen einschlägige Normen verstoßen haben, darf keine Reisegewerbekarte erteilt werden.

4. Personalerhöhung der Gewerbeämter

Zur Durchführung der unter 1 - 3 angesprochenen Maßnahmen wird teilweise eine Erhöhung des Personalstandes der Gewerbeämter erforderlich sein. Da die Auswertung bereits vorgefilterter Informationen meist genügen wird und die Überwachung der Problembereiche gezielt erfolgen kann, wird sich der Aufwand insgesamt in Grenzen halten können.

5. Amtshaftung

Die Amtshaftung war schon bisher ein gewichtiger Faktor bei der Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechts; ein Faktor allerdings, der ganz einseitig zu einer äußerst zurückhaltenden Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechts führte.[558] Amtshaftungsansprüche drohten grundsätzlich nur seitens des Gewerbetreibenden, wenn die zunächst verfügte Unterbindungsmaßnahme verwaltungsgerichtlich aufgehoben wurde. Eine Amtspflicht

---

557) der Unzuverlässigkeitsbegriff ist gewerbebezogen, daher sind in Gewerben, die zu Gefährdungen neigen, besonders hohe Anforderungen an die Zuverlässigkeit zu stellen

558) v. Falckenstein, a.a.O., RdNr 231

zum Schutz der, durch Nichteingreifen der staatlichen Wirtschaftsaufsicht geschädigten Dritten wurde durchwegs abgelehnt.[559]

Durch die Urteile des BGH zum Hubmann-[560] und Herstattzusammenbruch[561] wurde erstmals höchstrichterlich anerkannt, daß die staatliche Wirtschaftsaufsicht (dort zum KWG) in bestimmten Einzelfällen auch dem Schutz Dritter diene. Damit ist ein Ersatz der diesen Dritten durch Amtspflichtverletzung im Wege pflichtwidrigen Nichteinschreitens entstandenen Schäden im Wege der Amtshaftung möglich geworden.[562]

Ausschlaggebend für die Frage, ob ein einzelner Geschädigter zum Kreis der geschützten Dritten im Sinne des § 839 BGB gehört, ist, ob die Amtspflicht zumindest auch den Zweck hat, das Interesse gerade dieses Geschädigten wahrzunehmen.[563]

Aus den den Unzuverlässigkeitsbegriff enthaltenden Tatbeständen des Gewerbeunterbindungsrechts und der Natur von Gewerbeunterbindungsmaßnahmen müßte sich ergeben, daß der Geschädigte zu dem Personenkreis gehört, dessen Belange, nach dem Zweck und der rechtlichen Bestimmung des Amtsgeschäftes "Gewerbeunterbindung", geschützt und gefördert werden sollen.[564]

Zwischen der Gewerbeunterbindung wegen Unzuverlässigkeit und dem Schaden des einzelnen Dritten besteht ein unmittelbarer Zusammenhang. Die Gewerbeunterbindungs-

---

559) Kopf und Bäumler, NJW 79, 1871
560) BGH, Urteil vom 15.02.1979, NJW 79, 1354
561) BGH, Urteil vom 12.07.1979, NJW 79, 1879
562) BGH in NJW 79, 1354
563) wie 562)
564) BGH in NJW 79, 1354 (in allgemeiner, nicht auf das Gewerbeunterbindungsrecht bezogener Form)

maßnahmen sollen nicht nur der Allgemeinheit dienen, sondern gerade auch dem einzelnen Geschädigten, jedenfalls dann, wenn er durch hohe Schäden getroffen wurde. Die Gewerbeunterbindung wegen Unzuverlässigkeit soll vor allem auch die unerfahrenen Kunden vor Vermögensschäden schützen.

In solchen Fällen ist es daher durchaus denkbar, daß die Rechtsprechung den auf die Unzuverlässigkeit abstellenden Gewerbeunterbindungstatbeständen drittschützende Wirkung zuspricht. Dies wäre wünschenswert, damit sich die Verwaltung ihrer sozialstaatlichen Pflichten besser bewußt wird.

Daher müssen die Gewerbeämter zukünftig nicht mehr nur dann mit Amtshaftungsansprüchen rechnen, wenn sie Gewerbeunterbindungsmaßnahmen zu Unrecht ergreifen, sondern auch dann, wenn sie zu Lasten Privater ein Einschreiten versäumt haben, obwohl es rechtlich möglich und geboten gewesen wäre.[564a)]

564a) Das neue Staatshaftungsrecht (BGBl I vom 02.07.1981, S. 554 ff) hat in § 1 I als Haftungsvoraussetzung, daß eine Pflicht des öffentlichen Rechts, die einem anderen gegenüber obliegt, verletzt wird. Insoweit wird sich also die materielle Anspruchsberechtigung gegenüber dem heutigen Rechtsstand wenig ändern.

IV. Ergebnis

Die Unterbindung der Gewerbeausübung ist auch dann rechtlich möglich und rechtlich geboten, wenn der Gewerbetreibende notorisch gegen ziviles Recht verstößt.

Eine derartige Handhabung des geltenden Gewerbeunterbindungsrechts verspricht einen verbesserten Verbraucherschutz und eine erhöhte Beachtung zivilen Rechts durch die Gewerbetreibenden.

Die Gesetzgebung könnte bei einer wirksamen derartigen Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechtes in manchen Fällen auf die öffentlich-rechtliche Sanktionierung privater Pflichten verzichten und sich auf systematische Grundlagen besinnen. Dies würde der Rechtszersplitterung vorbeugen, den wünschenswerten Ausbau des zivilrechtlichen Sanktionssystems fördern und mehr Rechtssicherheit gewährleisten.

Voraussetzung dieser günstigen Auswirkungen der vorgeschlagenen Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechts auf die Gesetzgebung und die Beachtung zivilen Rechts ist eine möglichst wirksame Belangung der unzuverlässigen Gewerbetreibenden.

Die Erfassung der gegen ziviles Recht verstoßenden Gewerbetreibenden erfordert Maßnahmen zur Sicherung des Informationsflusses sowie eine gezielte Überwachung der gefährdeten Bereiche.

Die vorgeschlagene Handhabung des Gewerbeunterbindungsrechtes würde auch der Vermeidung sonst möglicherweise drohender Amtshaftungsansprüche von Verbrauchern wegen unterlassener Gewerbeunterbindungsmaßnahmen dienen.

Lebenslauf

Ich wurde am 22. September 1952 in Augsburg geboren und auf den Namen Gerhard Anton getauft. Meine Eltern sind der Diplom-Kaufmann Anton Knaus und seine Ehefrau Brigitte, geb. Gold. Im Jahr 1958 trat ich in Kempten (Allgäu) in die Volksschule ein, von der ich 1962 an das Allgäu-Gymnasium wechselte. Nach dem Abitur 1971 kam ich meiner Wehrpflicht nach und nahm anschließend zum Wintersemester 1972/73 das Studium an der Universität München auf. Zunächst studierte ich Forstwirtschaft, ab dem Wintersemester 73/74 auch Jura. Im Termin 1977 II legte ich das erste juristische Staatsexamen ab und trat zum 1. März 1978 den Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar an. Nach dem zweiten Staatsexamen im Termin 1980 I wurde ich als Rechtsanwalt beim Landgericht Kempten zugelassen. Ich bin verheiratet und wohne in Kempten (Allgäu).